

NORSKE EIENDOMSMEGLERES MEDVIRKNING TIL SALG AV EIENDOM I UTLANDET

Kandidatnummer: 570
Veileder: Trygve Bergsåker
Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17 386 ord

15.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Den rettslige problemstillingen.....	1
1.1.1	Avgrensning og begrepsavklaring	1
1.1.2	Det videre opplegget.....	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE.....</u>	<u>5</u>
<u>3</u>	<u>LOVENS STEDLIGE VIRKEOMRÅDE</u>	<u>9</u>
3.1	Gjeldende rett	9
3.2	Hensynene bak lovreguleringen av utenlandsmeglingen	10
<u>4</u>	<u>HVILKEN BISTAND OMFATTES AV EIENDOMSMEGLINGSLOVEN?</u>	<u>13</u>
4.1	Avgrensning av lovens saklige virkeområde	14
4.1.1	Mellommannen opptrer for fremmed regning; avgrensning mot egenhandlere.....	15
4.1.2	Mellommannen er en selvstendig oppdragstaker; avgrensning mot ansatte	17
4.2	Å opptre som mellommann.....	20
4.2.1	Ulike mellommannsgrupper	20
4.2.2	Mellommannens forhold til oppdragsgiver.....	23
4.3	Når foreligger medvirkning som omfattes av loven?	27
4.3.1	Eiendomsmegleren yter en innsats for å bringe selger og kjøper sammen	27
4.3.1.1	Forarbeidene.....	28
4.3.1.2	Rettspraksis	31
4.3.1.3	Kredittilsynets praksis.....	33
4.3.1.4	Reelle hensyn	35
4.3.2	Sammenfatning	36

<u>5</u>	<u>BETYDNINGEN AV AT VIRKSOMHETEN OMFATTES AV LOVEN.....</u>	<u>42</u>
5.1	Plikter overfor kjøper ved formidling av utenlandsk eiendom	42
5.1.1	Meglers omsorgsplikt og forholdet til partene i § 6-3 første ledd.....	43
5.1.2	Undersøkelses- og opplysningsplikt etter § 6-7	46
5.1.3	Rådgivningsplikt etter § 6-3 annet ledd.....	51
5.1.4	Plikter ved gjennomføring av handelen etter § 6-9.....	54
5.1.4.1	Sikkerhet ved betaling av kjøpesummen.....	54
5.1.4.2	Offentlige obligatoriske notarordninger	56
5.1.5	Sikkerhetsstillelse etter § 2-7	57
5.2	Ansvarsgrunnlaget.....	57
5.2.1	Det rettslige utgangspunkt	58
5.2.2	Profesjonsansvaret	59
5.2.3	Målestokken ved culpavurderingen	60
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>63</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>

1 Innledning

1.1 Den rettslige problemstillingen

Denne avhandlingen omhandler eiendomsmegleres og agents medvirkning til salg av fast eiendom beliggende i utlandet. Problemstillingen vil for det første være mellommannens rolle ved formidling av feriebolig i utlandet til norske kunder. En del aktører opptrer i dag i grenseområdet mellom agentvirksomhet og eiendomsmegling, og spørsmålet blir hvorvidt denne virksomheten faller inn under lov om eiendomsmegling av 29. juni 2007 nr. 73 (eiendomsmeglingsloven), eller om det kun foreligger mer begrenset agentvirksomhet som normalt faller utenfor lovens virkeområde. For det andre vil avhandlingen se nærmere på betydningen av at virksomheten blir å anse som eiendomsmegling etter loven, herunder blant annet meglers plikter overfor en norsk kjøper ved megling av eiendom beliggende i utlandet.

1.1.1 Avgrensning og begrepsavklaring

Det blir i det følgende lagt til grunn at formidlingen av eiendommene med beliggenhet i utlandet vil foregå i Norge. Mellommannens rettstilling vurderes etter norsk rett. Spørsmål vedrørende verneting og lovvalsregler (internasjonal privatrett) behandles ikke.¹

Ved salg av eiendom gjennom en mellommann vil det foreligge tre partsforhold, ofte beskrevet som et triangel.² Partsrelasjonene omfatter for det første forholdet mellom oppdragsgiver (selger) og oppdragstaker (mellommannen), for det andre forholdet mellom oppdragsgiver og dennes medkontrahent (kjøper), for det tredje forholdet mellom

¹ For mer om dette, se *Lundgaard, Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utg. Oslo, 2000

² Se Woxholth (2003) side 252

mellommannen og kjøperen. Mellom selger og mellommannen vil det normalt foreligge en oppdragsavtale, mellom selger og kjøper en kjøpsavtale, mens forholdet mellom kjøper og mellommannen vil være basert på et ansvar utenfor kontrakt.

Med *mellommannsvirksomhet* siktes her generelt til omsetning av eiendom som ikke tilhører mellommannen, hvor omsetningen skjer for tredjemanns regning.³

En *eiendomsmegler* kjennetegnes som en mellommann som mot godtgjørelse medvirker til omsetning av rett til fremmed fast eiendom for oppdragsgivers regning og risiko. Retten til å drive eiendomsmegling mot vederlag er forbeholdt foretak som er gitt tillatelse fra Kredittilsynet (såkalte eiendomsmeglingsforetak) og praktiserende advokater som har stilt sikkerhet etter domstoloven,⁴ jf eiendomsmeglingsloven § 2-1 første ledd. Med norsk mellommannsforetak menes at foretaket har hovedkontor i Norge.⁵

En *handelsagent* er, ifølge lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56 (agenturloven) § 1 første ledd, en som i næringsvirksomhet etter avtale med en annen (hovedmannen) har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer og tjenester for hovedmannens regning. Handelsagenten opptrer i hovedmannens navn og for hans regning. Omsetning av fast eiendom omfattes i utgangspunktet ikke av agenturloven.

Det forutsettes i det følgende at det er *selger* som er mellommannens oppdragsgiver og kontraktsmotpart. Kjøpsoppdrag behandles ikke. I denne oppgaven tas det utgangspunkt i at selger er næringsdrivende, typisk ved salg av prosjekterte boliger i utlandet.

Med *kjøper* tilsiktes både den endelige kjøper samt andre interessenter som er involvert i forhandlinger og budgivning mv. At kjøper er norsk vil si at han har sin bopel i Norge.

³ NOU 1987:14 side 46-50

⁴ Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene § 222

⁵ Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak § 1-2

Avhandlingen tar sikte på de tilfeller hvor kjøper er forbruker. Formidling av næringseiendom behandles ikke.

Avhandlingen avgrenses til mellommannsvirksomhet ved salg av *fast eiendom*, herunder eierseksjon og ideell andel i fast eiendom, jf eiendomsmeglingsloven § 1-2 annet ledd nr. 1, da dette er den praktisk viktigste gruppen av eiendomstransaksjoner. Med fast eiendom forstås grunnarealer av ethvert slag, uavhengig av eiendommens art og verdi og om eiendommen brukes til bolig-, fritids- eller næringsformål.⁶ Både prosjekterte boliger og eldre eiendommer som formidles gjennom en mellommann vil omfattes av fremstillingens tema.

Omsetning av avtale om erverv av fast eiendom, for eksempel avtale om kjøp av en leilighet i et bygg under oppføring, forekommer i dag relativt ofte.

Mellommannsvirksomhet knyttet til slike transportkontakter er av departementet blitt ansett som eiendomsmegling i lovens forstand, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 20 og forskriftshjemmelen i eiendomsmeglingsloven § 1-4 femte ledd. Dette legges til grunn i det følgende.

1.1.2 Det videre opplegget

Den særlige rettskildesituasjonen som gjelder for utenlandsmegling vil bli redegjort for i kapittel 2. Eiendomsmeglingslovens geografiske virkeområde og de ulike hensyn som har blitt avveid i forbindelse med lovreguleringen av utenlandsmegling behandles kort i kapittel 3. Kapittel 4 inneholder hovedtemaet for oppgaven. Her blir det først i 4.1 foretatt en nærmere avgrensning av mellommannsvirksomhet i forhold til egenhandlere og i forhold til representanter og ansatte. Innenfor mellommannsbegrepet har det i praksis utviklet seg ulike mellommannsgrupper, og avhandlingen vil i 4.2 se nærmere på hva som skiller de ulike gruppene, og i hvilken grad sontringene får betydning for lovens anvendelsesområde. Spørsmålet blir deretter i 4.3 hva som skal til av medvirkning fra

⁶ se NOU 1987:14 side 48, Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19

mellommannens side for at forholdet faller inn under eiendomsmeglingslovens virkeområde, ut ifra en vurdering av de oppgavene som tradisjonelt inngår i eiendomsmeglerens oppdrag. I kapittel 5 skal det knyttes noen kommentarer til betydningen av at virksomheten faller inn under lovens virkeområde. Hvilke plikter som kan oppstilles for utførelsen av megleroppdraget hvor eiendommen ligger i utlandet behandles i punkt 5.1. Utgangspunktene for eiendomsmeglers ansvarsgrunnlag ved formidling av eiendom i utlandet behandles i punkt 5.2. En kort avslutning blir gitt i kapittel 6.

2 Rettskilder og metode

Det blir benyttet tradisjonell metode i fremstillingen.

Det foreligger få Høyesterettsavgjørelser angående eiendomsmeglingsloven og tilhørende forskrifter. Det er pr i dag ikke avsagt avgjørelser som direkte angår oppgavens problemstilling vedrørende eiendomsmeglers og agents medvirkning til salg av eiendom i utlandet.

Eiendomsmegling er regulert i lov om eiendomsmegling av 29. juni 2007 nr. 73, som ble vedtatt i april 2007 og som trår i kraft 1. januar 2008.⁷ Loven er den fjerde norske loven om eiendomsmeglingsvirksomhet, og avløser tidligere eiendomsmeglingslov av 16. juni 1989 nr. 53. Den nye loven blir i det følgende lagt til grunn som gjeldende rett.

Handelsagenters rettsstilling er regulert i lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56, som bygger på EF-direktiv av 18. desember 1986.⁸ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven) inneholder regler om fullmaktsforhold i lovens kapittel II, mens kommisjonsforhold reguleres av lov om kommisjon av 30. juni 1916 nr. 1 (kommisjonsloven). Eiendomsmeglers plikter etter eiendomsmeglingsloven må dessuten tolkes i lys av annen kontraktslovgivning som blant annet avhendingslova,⁹ bustadoppføringslova¹⁰ og husleieloven.¹¹

⁷ Jf res. 29. juni 2007 nr. 754

⁸ 86/653/EØF

⁹ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom

¹⁰ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

¹¹ Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Ved tolking av en ny lovtekst vil forarbeidene generelt tillegges stor vekt.¹²

Eiendomsmeglingslovutvalget avga sin *NOU 2006:1 Eiendomsmegling* (NOU 2006:1) med sikte på revisjon og oppdatering av den tidligere eiendomsmeglingsloven.

Finansdepartementet bygger hovedsaklig på utkastet fra eiendomsmeglingslovutvalget, men foreslo ny lov med ny struktur, i *Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling* (Ot.prp.nr. 16 (2006-2007)). Flertallet i finanskomiteen sluttet seg til departementets forslag i *Innst.O.nr. 50 (2006-2007)*.

Reglene om eiendomsmeglers utførelse av oppdraget er materielt sett omtrent uendret i den nye loven. Forarbeidene til den tidligere eiendomsmeglingsloven av 1989 vil fortsatt ha stor rettskildemessig betydning ved tolkning av den nye loven. Sentralt står her Falkangerutvalgets innstilling i *NOU 1987:14 Eiendomsmegling* (NOU 1987:14) samt *Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) om lov om eiendomsmegling* (Ot.prp.nr. 59 (1988-1989)).

Den nye eiendomsmeglingsloven inneholder en egen formålsparagraf. Etter § 1-1 skal lovens formål være å legge til rette for at eiendomsomsetning ved bruk av mellommann skjer på en sikker, ordnet og effektiv måte, samt å legge til rette for at partene mottar uhildet bistand. Bestemmelsen er forutsatt å være retningsgivende for tolkningen av loven og for skjønnsutøvelsen i medhold av denne.¹³ Særlig vil lovens formål måtte kunne tillegges stor vekt hvor lovtekst, forarbeider eller andre rettskildefaktorer i liten grad bidrar til å kaste lys over aktuelle problemstillinger.

I eiendomsmeglingsloven § 1-4 fjerde ledd er det gitt hjemmel for at departementet i forskrift kan fastsette nærmere regler, herunder unntak fra lovens øvrige regler, for eiendomsmeglingsvirksomhet knyttet til omsetning av eiendom beliggende utenfor Norge. Det er i skrivende stund fremmet forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift, jf høringsnotat av 22. juni 2007.¹⁴ Eiendomsmeglingsforskriften er ment å avløse den nåværende forskrift

¹² Jf Eckhoff (1997) side 92

¹³ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 13

¹⁴ <http://www.regjeringen.no/upload/FIN/fma/emeglforskrift220607.pdf>

av 20. mars 1990 nr. 177 om eiendomsmegling. Den fullstendige reguleringen av eiendomsmeglingsvirksomheten vil således først være klar etter at forskriften(e) vedrørende særlige typer av eiendomsmegling (utleiemegling, næringsmegling og utenlandsmegling) er vedtatt.

Etter eiendomsmeglingsloven § 8-1, jf kredittilsynsloven § 1, fører Kredittilsynet kontroll og tilsyn med at foretak og advokater driver eiendomsmegling i samsvar med de krav som følger av lov og forskrift.¹⁵ Kredittilsynet har dessuten forvaltings-, utrednings- og informasjonsoppgaver knyttet til eiendomsmeglingsloven. Tilsynet har inntil den nye lovens ikrafttredelse også hatt adgang til å gi dispensasjon fra lovens forbud mot å drive annen næringsvirksomhet for eiendomsmeglingsforetak som ønsker å begrense sin medvirkning til markedsføring ved salg av eiendommer i utlandet. Rundskriv og tilsynsrapporter fra Kredittilsynet er allment tilgjengelig på tilsynets hjemmesider,¹⁶ slik at hensynet til forutberegnelighet anses ivaretatt. Generelt vil uttalelser fra kredittilsynet som kompetent fagmyndighet måtte tillegges betydelig vekt.¹⁷

Klagenemnda for Eiendomsmeglingstjenester ble opprettet i 1993 ved avtale mellom Norges Eiendomsmeglerforbund og Forbrukerrådet. Klagenemnda ble avløst av Reklamasjonsnemnda for eiendomsmeglingstjenester som ble opprettet med virkning fra 1. januar 2005 ved avtale mellom Norges Eiendomsmeglerforbund, Den Norske Advokatforening, Eiendomsmeglerforetakenes Forening og Forbrukerrådet. Reklamasjonsnemnda behandler klager over eiendomsmeglingstjenester utført av noen som i henhold til eiendomsmeglingsloven har tillatelse til å drive eiendomsmegling.¹⁸ Klager på advokaters eiendomsmegling vil også kunne bringes inn for Advokatforeningens disiplinærutvalg dersom advokaten er medlem av foreningen, eller Disiplinærnemnden for

¹⁵ Lov 7. desember 1956 nr. 1 om tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel

¹⁶ Se www.kredittilsynet.no

¹⁷ Jf Innst.O.nr. 92 (1988-1989) side 20

¹⁸ Se www.eiendomsmeglingsnemnda.no

advokater dersom advokaten ikke er medlem.¹⁹ Nemndene vil besitte særlig ekspertise innenfor sitt saksområde, og deres praksis vil følgelig kunne tillegges en viss rettskildemessig vekt ved vurderingen av uavklarte spørsmål. Det synes imidlertid ikke å foreligge avgjørelser som direkte berører oppgavens tema vedrørende grensedragningen mellom eiendomsmeglere og agents medvirkning til salg av eiendom i utlandet, eller oppgavens øvrige problemstillinger vedrørende utenlandsmegling.

For øvrig skal alle som driver eiendomsmegling heretter etter eiendomsmeglingsloven § 2-10 måtte slutte seg til en offentlig godkjent klagenemd for eiendomsmeglingstjenester.

Norges Eiendomsmeglerforbund har i tillegg utarbeidet etiske regler for sine medlemmer. Rettskildemessig vil disse reglene imidlertid ha begrenset betydning.

¹⁹ Se skriftserien ”beslutninger om god advokatskikk og salærberegning”

3 Lovens stedlige virkeområde

3.1 Gjeldende rett

Problemstillingen i det følgende er hvorvidt virksomhet som etter sin art er å regne som eiendomsmegling, og som utøves i Norge, vil omfattes av eiendomsmeglingsloven hvor eiendommen er beliggende i utlandet.

Det følger av eiendomsmeglingsloven § 1-2 første ledd at loven får anvendelse på ”eiendomsmeglingsvirksomhet som utøves i Norge”. Ordlyden gir ikke uttrykkelig svar på hvorvidt loven kommer til anvendelse på mellommannsvirksomhet hvor eiendommen ligger i utlandet.

Forarbeidene er imidlertid entydige med hensyn til at eiendomsmeglingsvirksomhet som utøves i Norge ”omfattes av eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde selv om eiendommen befinner seg i utlandet.”²⁰

At megling av utenlandske eiendommer er omfattet av eiendomsmeglingsloven hvor formidlingen skjer i Norge, er også bekreftet av Høyesterett i Rt. 2005 side 507. I denne avgjørelsen hadde en norsk eiendomsmegler fått i oppdrag å selge en eiendom beliggende i Sverige. Tvisten gjaldt hvorvidt det prejudisielle spørsmålet om bindene avtale var inngått innen sperrefristens utløp, skulle avgjøres etter norsk eller svensk rett. Høyesterett henviste blant annet til en uttalelse i Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) på side 8, hvor det står at ”eiendomsmeglingsvirksomhet som drives med norsk bevilling fullt ut vil måtte følge reglene i eiendomsmeglingsloven. Dette må gjelde selv om eiendomsmeglingen angår

²⁰ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 42-43

utenlandske eiendommer.” Megleroppdraget ble ansett å være regulert av norsk rett, mens det ble lagt til grunn at kjøpsavtalen, samt det prejudisielle spørsmålet om når partene var endelig bundet, ble regulert av svensk rett. Dommen bekrefter således forarbeidenes uttalelser vedrørende lovens geografiske virkeområde.

Konklusjonen blir at virksomhet som etter sin art er å regne som eiendomsmegling, og som utøves i Norge, vil omfattes av eiendomsmeglingsloven selv om eiendommen er beliggende i utlandet.

3.2 Hensynene bak lovreguleringen av utenlandsmeglingen

Problemstillingen er hvilke hensyn som er blitt avveid og bakgrunnen for lovreguleringen av utenlandsmegling.

Det er en uttalt målsetting at lovreguleringen skal legge til rette for en sikker og ordnet omsetning av fast eiendom, samt at partene i en transaksjon skal få profesjonell og uavhengig bistand. Samtidig skal omsetningen av fast eiendom og den offentlige reguleringen av eiendomsmeglervirksomhet skje på en mest mulig effektiv måte.

Andre lands regulering av eiendomstransaksjoner, blant annet med hensyn til hjemmelsoverføring, konsesjon, offentlig regulering mv., er ofte annerledes enn i Norge. I tillegg vil det foreligge utfordringer med hensyn til språk og ulik forretningskultur ved erverv av fast eiendom i utlandet. Dette tilsier at forbrukerne ofte vil ha særlig behov for å få hjelp av en profesjonell mellommann som kjenner den rettslige og faktiske situasjonen i det enkelte land. Det er imidlertid også på det rene at den rettslige reguleringen av mellommannsvirksomheten i Norge i liten grad er og har vært tilpasset megling av eiendom som ligger i utlandet. Dessuten vil norske eiendomsmeglere og advokater ikke nødvendigvis ha tilstrekkelige kunnskaper om forholdene på eiendomsmarkedet i andre land. Lovgiver har på denne bakgrunn blitt stilt overfor et valg mellom å la megling av eiendom beliggende i utlandet være omfattet av de alminnelige reglene om

eiendomsmegling, å unnta denne type megling fra loven, eller eventuelt å gi særregler for utenlandsmeglingen, basert på de overordnede formål nevnt ovenfor.

Allerede i 1976 foreslo en arbeidsgruppe nedsatt av Handelsdepartementet at det ble vedtatt en egen lov om ervervsmessig salg og utleie av fast eiendom i utlandet.²¹ Forslaget var begrunnet i forbrukerhensyn. Man hadde blant annet begynt å se tilfeller hvor kjøpere av fast eiendom i utlandet ikke hadde fått tilstrekkelig rettsvern for sitt erverv. På grunn av bevisproblemer og at lovens bestemmelser særlig hadde referanse for norske forhold, ble det sjelden grepet inn overfor aktørene som i større eller mindre grad medvirket til salg av eiendom i utlandet. Arbeidsgruppen mente det var behov for like betryggende ordninger for omsetning av utenlandsk eiendom som for omsetning av norske eiendommer. Forslaget til en slik særlov ble imidlertid ikke fulgt opp, blant annet på grunn av ressursmessige hensyn.

I forbindelse med forrige lovrevisjon ble det vurdert å gjøre unntak for utenlandsmegling, jf NOU 1987:14 side 53-55. Dette ble avvist, og Falkanger-utvalget uttalte at det tvert imot kunne være et ekstra behov for å ha denne virksomhet lovregulert. Falkanger-utvalget delte ikke arbeidsgruppens tvil med hensyn til lovens rekkevidde, selv om det ifølge utvalget måtte erkjennes at grenseproblemer og bevisvanskeligheter kunne oppstå.

Også i forbindelse med den nye eiendomsmeglingsloven fikk eiendomsmeglingslovutvalget i mandat å vurdere hvorvidt det var grunn for å ta megling av eiendommer beliggende i utlandet ut av loven, eller om det burde utformes særlige regler for slike oppdrag. Etter flertallets oppfatning vil norske kjøpere fortsatt ha behov for den sikkerhet som lovens regler gir dem. Dersom utenlandsmegling skulle unntas fra loven, risikerte man ifølge flertallet at slik megling i større grad ble et satsningsområde for useriøse aktører. Flertallet viste særlig til at omfanget av slik virksomhet har økt og at behovet for bruk av eiendomsmegler ikke er mindre enn ved kjøp av eiendom i Norge, samt at oppgjør mest betryggende vil skje innenfor rammene av eiendomsmeglingsloven.

²¹ Se Innstilling 25. mars 1976

Utvalgets mindretall mente at utenlandsmegling ikke burde være omfattet av loven; ikke på grunn av at de ville bagatellisere behovet for betryggende megling, men på grunn av at det ifølge mindretallet kunne gi urealistisk tiltro til tryggheten ved slik megling hvis den skulle være omfattet av loven. Særlig ble det vist til at det ofte ikke ville være mulig å oppfylle lovens undersøkelses- og opplysningsplikt. Mindretallet viste også til at det ville være vanskelig å føre et reelt tilsyn med disse foretakene, og at det antakelig ikke ville kreves mye for å omgå loven. Mindretallet mente dessuten at andre aktører kunne ha like gode forutsetninger for å yte bistand ved omsetning av eiendom i utlandet som norske eiendomsmeglingsforetak og advokater.

Ved avveiningen av ulike nevnte hensyn la departementet avgjørende vekt på nordmenns stadige økning i investeringer i utenlandsk eiendom, og fant etter en helhetsvurdering at hensynet til kjøpernes behov for beskyttelse etter eiendomsmeglingsloven veide tyngst. Departementet konkluderte derfor med at megling av eiendommer med beliggenhet i utlandet fortsatt skal være omfattet av loven hvor formidlingen foregår i Norge. Det forhold at loven blir ansett å være lite tilpasset utenlandsmegling, er forutsatt løst ved en forskriftshjemmel i loven til å fastsette særskilte regler for formidling av eiendommer beliggende i utlandet.

4 Hvilken bistand omfattes av eiendomsmeglingsloven?

Det forekommer at virksomhet som klart omfattes av eiendomsmeglingsloven, blir utøvd uten nødvendig bevilling og sikkerhetsstillelse.²² Blant annet vil mange aktører som medvirker til salg av ferieboliger i utlandet overfor norske kunder, ofte operere i gråsonen mellom eiendomsmegling og agentvirksomhet. Dessuten vil eiendomsmeglingsforetak og advokater som har tillatelse til å drive eiendomsmegling i Norge etter den nye eiendomsmeglingsforskriften ikke lenger få dispensasjon til å opptre som agent for selger ved salg av eiendom i utlandet, se forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift § 5-1 annet ledd litra a.²³ Problemstilling i det følgende blir den nærmere grensen mellom når mellommannen opptrer i rolle som eiendomsmegler og når vedkommende opptrer som agent for selger.

Å utøve eiendomsmeglingsvirksomhet mot godtgjørelse er, med noen uvesentlige unntak, forbeholdt eiendomsmeglingsforetak som har fått tillatelse fra Kredittilsynet og advokater som har stilt særskilt sikkerhet, jf eiendomsmeglingsloven § 2-1 første ledd. Bevillingssystemet etter eiendomsmeglingsloven innebærer et monopol, en enerett for disse yrkesgrupper, som avskjærer andre aktører fra å yte tjenester innenfor eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde. Hensynet bak bevillingssystemet er ikke å beskytte disse yrkesgruppene, men å ivareta enkelte grunnleggende hensyn, blant annet partenes behov for uhildet assistanse, sikker behandling av klientmidler og samfunnets interesse i en ordnet eiendomshandel.²⁴

²² NOU 2006:1 side 27

²³ Høringsnotat av 22. juni 2007, se <http://www.regjeringen.no/upload/FIN/fma/emeglforskrift220607.pdf>

²⁴ NOU 1987:14 side 18

Hvor medvirkningen til eiendomshandelen skjer på en slik måte at forholdet kan falle inn under lovens definisjon av eiendomsmegling, vil overtredelser av lovens bestemmelser, som for eksempel at virksomheten ikke har tillatelse etter lovens § 2-1, blant annet kunne bli sanksjonert med straff, jf § 8-9.

Tema for den videre fremstilling blir for det første en nærmere tolkning av lovens mellommannsbegrep, herunder en avgrensning i forhold til andre aktører som opptre for egen regning eller for arbeidsgivers regning, jf punkt 4.1. Deretter vil avhandlingen se nærmere på noen ulike undergrupper av mellommenn, og hva som kjennetegner agenter og eiendomsmeglere blant annet med hensyn til arbeidsoppgaver og forholdet til oppdragsgiver.

4.1 Avgrensning av lovens saklige virkeområde

Lovens anvendelsesområde er definert ved hjelp av mellommannsbegrepet, ikke det snevrere meglerbegrepet. Med eiendomsmegling forstås etter § 1-2 annet ledd det ”å opptre som mellommann” ved omsetning av ulike rettigheter til fast eiendom.

Loven gir ingen nærmere definisjon av hva som menes med ”å opptre som mellommann”. Formuleringen er i samsvar med tidligere definisjoner i eiendomsmeglingslover fra 1989 og 1931.²⁵ Etter en tradisjonell forståelse av uttrykket foreligger mellommannsvirksomhet når omsetningen gjelder eiendom som ikke tilhører mellommannen og omsetningen skjer for tredjemanns regning og risiko, jf NOU 1987:14 side 46.

Departementet la til grunn at gjeldende rett slik den ble beskrevet i proposisjonen²⁶ skulle videreføres med hensyn til hva som skal anses som eiendomsmegling. Det må derfor forutsettes at lovgivers intensjon har vært å definere lovens saklige virkeområde i tråd med

²⁵ Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling og Lov 24. juni 1938 nr. 13 om eiendomsmegling

²⁶ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19

tidligere rettstilstand. Tidligere praksis og teori vedrørende eiendomsmeglingsbegrepet må på denne bakgrunn kunne tillegges vekt.

Når loven oppstiller som vilkår at det må foreligge ”mellommannsvirksomhet” for at loven skal få anvendelse, jf lovens § 1-2 annet ledd, vil det først være naturlig å spørre om det motsetningsvis kan sluttet at tilfeller hvor det *ikke* foreligger ”mellommannsvirksomhet” da alltid vil falle utenfor lovens anvendelsesområde. Borgarting lagmannsretts dom LB-2004-12659 kan tjene som illustrasjon. Her var spørsmålet om det forelå eiendomsmegling i lovens forstand. Tvisten dreide seg om oppdragstakers krav på honorar. Oppdragstaker hadde i et mindre antall tilfeller bistått med fremleie, i tillegg til andre oppgaver knyttet til oppdragsgivers eiendomsdrift. Retten fant at oppdragstaker klart fremsto som representant for oppdragsgiver, og ikke som en mellommann. Retten fant det derfor ikke nødvendig å ta stilling til om arbeidet som ble utført etter sin art hadde karakter av eiendomsmegling, da det etter loven er ”et grunnvilkår for at det skal foreligge eiendomsmegling, at det er tale om opptreden som mellommann.” For å omfattes av eiendomsmeglingslovens definisjon er det altså et absolutt vilkår at forholdet kan karakteriseres som mellommannsvirksomhet.

For den videre drøftelsen av hva som utgjør mellommannsvirksomhet i forbindelse med medvirkning til salg av eiendom i utlandet, vil det derfor først være nødvendig å avgrense mot to andre grupper av omsetningsledd; egenhandlere, og arbeidstakere (funksjonærer),²⁷ som faller utenfor lovens anvendelsesområde.

4.1.1 Mellommannen opptrer for fremmed regning; avgrensning mot egenhandlere

Både handelsagenten, megleren, kommisjonæren og fullmektigen opptrer etter tradisjonell inndeling for fremmed regning. Det vil si at de ikke har den økonomiske risikoen for den avtale de formidler. Hvorvidt handelen er god eller dårlig er oppdragsgivers risiko.

²⁷ Jf Brækhus (1946) side 3

Egenhandleren bærer derimot selv risikoen for tap eller vinning. Følgen av at en handel regnes som egenhandel vil derfor være at det ikke foreligger mellommannsvirksomhet, og at eiendomsmeglingsloven ikke får anvendelse på forholdet.

I forbindelse med omsetning av fast eiendom i utlandet vil den typiske egenhandleren være entreprenøren som kjøper opp et område for utbygging, og som så videreselger den ferdig bebygde eiendommen for egen regning og risiko. Entreprenøren bærer selv risikoen for tap, men drar samtidig fordel av eventuelle gevinster. Det samme må gjelde dersom det skulle foreligge avtale om at den opprinnelige eier av grunnen skal ha en viss prosent av fortjenesten ved entreprenørens salg. Kjøperne av eiendommene vil kun stå i et kontraktsforhold til entreprenøren, som har den økonomiske risikoen for handelen og derfor anses som egenhandler.

Hvor entreprenøren derimot får rett til å bygge ut og videreselge for grunneiers regning, vil det i mange tilfeller kunne foreligge mellommannsvirksomhet. Hvor salget av eiendommene finner sted i Norge, får dette den betydning at entreprenøren enten selv må ha tillatelse til å drive eiendomsmegling, eller han må engasjere et eiendomsmeglerforetak til å forestå handelen. Ulike former for utbyggingsavtaler er behandlet i forarbeidene,²⁸ hvor det forutsettes at det må foretas en konkret tolkning av selve utbyggingsavtalen for å fastslå hvorvidt det foreligger mellommannsvirksomhet eller egenhandel. Dette vil altså bero på en vurdering av det konkrete avtaleforhold og vil derfor ikke bli nærmere omtalt her.

Det er generelt lagt til grunn at det forhold at mellommannen har inntekt av formidlingen, ikke medfører at vedkommende anses å handle for egen regning og risiko. Derimot vil det foreligge egenhandel hvor eiendomsmegleren trer inn i omsetningen av en eiendom som kjøper eller selger.²⁹ Et av hovedhensynene bak eiendomsmeglingsloven er nettopp at brukerne av eiendomsmeglingstjenester skal motta profesjonell og uhildet bistand, og at

²⁸ NOU 1987:14 side 46-47 og Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 16

²⁹ Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 21

eiendomsmegleren ikke skal ha annen økonomisk interesse i handelen enn kravet på vederlag. Etter eiendomsmeglingsloven § 5-3 er det et absolutt forbud for alle med en viss tilknytning til et eiendomsmeglingsforetak mot å kjøpe eller selge fast eiendom gjennom foretaket. Hensynet bak forbudet er å sikre meglers uavhengighet, hindre uheldige og svikaktige disposisjoner og øke publikums tillit til at megler ivaretar interessene til både selger og kjøper.

Hvor selger oppretter et eget selskap til å forestå omsetningen, er det i praksis lagt til grunn at det kan foreligge mellommannsvirksomhet etter eiendomsmeglingsloven, selv om selskapet er heleid av selger av eiendommen.³⁰ Forutsetningen må imidlertid være at selskapet ikke opptre som representant for selger.³¹ Selskapet vil være et eget rettssubjekt som i utgangspunktet vil opptre for fremmed regning og risiko. Et unntak gjelder for formidling av eiendom som foretas for et foretak innen samme konsern, hvor eiendommen ikke helt eller delvis er egnet brukt til bolig eller fritidsformål, jf eiendomsmeglingsloven § 1-2 femte ledd.

Ved salg av eiendom beliggende i utlandet vil imidlertid den faktiske situasjonen ofte være motsatt; utbygger/selger er et utenlandsk selskap som er heleid av et norsk foretak. Hvor det norske foretaket oppretter et eget selskap for å forestå formidlingen av de utenlandske eiendommene i Norge, kan det anføres at det her foreligger mellommannsvirksomhet som omfattes av loven, jf ovenfor. Men så lenge eierselskapet selv står for formidlingen av egne eiendommer, vil dette være å regne som egenhandel som faller utenfor lovens anvendelsesområde.

4.1.2 Mellommannen er en selvstendig oppdragstaker; avgrensning mot ansatte

For en nærmere avgrensning av begrepet mellommann må det trekkes en grense mot ulike typer ansettelsesforhold mellom mellommannen og oppdragsgiver. Arbeidstakere opptre i

³⁰ NOU 1987:14 side 48 og NOU 2006:1 side 26

³¹ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 15

likhet med mellommannen for fremmed regning, idet de ikke har den økonomiske risikoen ved handelen. Når noen opptrer for fremmed regning, foreligger normalt en kontrakt med oppdragsgiver. For en ansatt er dette som regel en ansettelseskontrakt eller en arbeidsinstruks, mens det for mellommannens vedkommende vil være en oppdragsavtale. En ansatt vil i kraft av sin stilling være underlagt en eller annen form for reglement fastsatt av arbeidsgiver. Den ansatte skiller seg dermed fra mellommannen som er et *selvstendig* omsetningsledd. Mellommannen må nok også i større eller mindre grad innrette seg etter oppdragsgivers instruks, men oppdragsavtalen vil ikke innebære noe ansettelses- eller underordningsforhold. Den ansatte som selger fast eiendom for sin arbeidsgiver vil normalt *identifiseres* med denne, slik at forholdet blir å anse som egenhandel. Det samme gjelder salg av et selskaps eiendom foretatt av den som har rett til å representere selskapet.³²

Agenturloven bygger på sontringen mellom ansatte og selvstendige mellommenn. I følge agenturloven § 1 er en handelsagent en som i næringsvirksomhet har påtatt seg ”selvstendig” og over tid å virke for salg for hovedmannens regning, mens en handelsreisende i loven betegnes som en ”ansatt”. Den handelsreisende står altså i et ansettelsesforhold til hovedmannen. Begrepet handelsreisende har nå i stor grad blitt erstattet med betegnelsen ”salgsrepresentant”. Mens en salgsrepresentant vil falle utenfor mellommannsbegrepet og dermed utenfor eiendomsmeglingslovens virkeområde, vil handelsagenten per definisjon være en selvstendig mellommann. En handelsagent som formidler fast eiendom vil i utgangspunktet være omfattet av eiendomsmeglingslovens definisjon i § 1-2 annet ledd.³³

Ifølge forarbeidene til agenturloven³⁴ vil man for en nærmere sontring mellom selvstendig oppdragstaker og ansatt måtte se hen til hvordan grensen er trukket ellers i lovgivningen. Beregningen av arbeidsgiveravgift etter folketrygdloven³⁵ kan her være et relevant

³² NOU 2006:1 side 26

³³ NOU 1987:14 side 49

³⁴ Ot.prp.nr. 49 (1991-1992) side 40

³⁵ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

moment, samt definisjonen av arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven³⁶ og begrepet næringsvirksomhet etter skatteloven³⁷. Normalt vil det være en glidende overgang mellom en ansatt og en selvstendig mellommann. I NOU 1987:14 side 48 er det anført noen forhold som er karakteristiske for et ansettelsesforhold. I tvilsomme tilfeller vil det imidlertid være en rekke momenter som må tas i betraktning, slik at den endelige karakteristikk må bero på en totalvurdering.

I Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 6 uttalte departementet at eiendomsmegleren er en selvstendig mellommann, til forskjell fra representanten som opptrer på vegne av enten kjøper eller selger. Det avgjørende for grensen mellom mellommannsvirksomhet og representasjon vil ifølge forarbeidene være en vurdering av vedkommendes forhold til oppdragsgiveren. Den som opptrer som representant for en av partene, kan også være selvstendig næringsdrivende; grensen mellom ansettelsesforhold og næringsvirksomhet er ikke nødvendigvis avgjørende her.³⁸ For eksempel kan daglig ledelse og forretningsførsel i et eiendomsselskap være overlatt til en konsulent som er selvstendig næringsdrivende og som da handler på vegne av sammenslutningen og blir identifisert med denne.

For salg av eiendom i utlandet vil sontringen ha betydning for om den aktør som selgeren velger å engasjere til å forestå eiendomshandelen, vil omfattes av kravene i eiendomsmeglingsloven eller ikke. Benytter selger seg av egne representanter til å forestå formidlingen i Norge, vil virksomheten normalt bli å anse som egenhandel og således ikke være omfattet av eiendomsmeglingsloven. Engasjerer selger derimot en uavhengig mellommann til å formidle eller slutte en eiendomshandel, vil mellommannens medvirkning kunne falle inn under eiendomsmeglingsloven og dens privatrettslige og offentligrettslige regler.

³⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. § 3 nr. 1

³⁷ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt

³⁸ Jf Lilleholt, Norsk Lovkommentar, note 3 til eiendomsmeglingsloven § 1-1

4.2 Å opptre som mellommann

4.2.1 Ulike mellommannsgrupper

Virksomhetsdefinisjonen i eiendomsmeglingsloven § 1-2 annet ledd bygger som tidligere nevnt på mellommannsbegrepet, i likhet med de eldre eiendomsmeglingslovene.³⁹ All omsetning av rettigheter til fast eiendom som går via en mellommann som omsetningsledd, skulle etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden da være omfattet av loven.

Innenfor mellommannsbegrepet har det i praksis utviklet seg ulike mellommannstyper. Et spørsmål er om lovgivers intensjon har vært å definere eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde i samsvar med eksisterende yrkesgrupperinger. De ulike yrkesgruppene har dannet seg blant annet under hensyn til ulike arbeidsoppgaver og det rettslige forholdet til partene i handelen. Tradisjonelt har lovbestemmelser blitt tolket slik at de i hvert fall primært tar sikte på yrkesutøvere innen en bestemt gruppe av mellommenn.⁴⁰ Reglenes rekkevidde vil i så fall kunne tolkes i lys av hva som karakteriserer den enkelte gruppe. I forarbeidene til eiendomsmeglingsloven fra 1989 uttalte departementet at meglerens enerett etter eiendomsmeglingsloven ”vil måtte knyttes til eiendomsmeglerbegrepet”, og at det vil være naturlig ”å ta utgangspunkt i dette begrepet når området for eiendomsmeglerens enerett skal bestemmes”.⁴¹ Dette taler for å ta utgangspunkt i det som typisk karakteriserer eiendomsmeglere til forskjell fra andre grupper av mellommenn ved kartleggingen av lovens saklige virkeområde.

Imidlertid vil alle som opptre i rolle som ”mellommann”, og som mot godtgjørelse formidler utenlandsk eiendom på en slik måte at vedkommende beveger seg innenfor det som anses som lovens eneformidlingsområde, uten tillatelse fra Kredittilsynet bedrive ulovlig megling.

³⁹ Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling og Lov 24. juni 1938 nr. 13 om eiendomsmegling

⁴⁰ Jf Sandvik (1971) side 26

⁴¹ Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 6

Normalt sondres det mellom mellommenn som opptrer i *fremmed navn* og mellommenn som opptrer i *eget navn*. Hvorvidt mellommannen opptrer i eget eller fremmed navn skal i følge forarbeidene ikke være av avgjørende betydning for om vedkommende faller inn under lovens virkeområde. Falkanger-utvalget uttalte at ”uansett om A opptrer i eget eller fremmed navn, vil han kunne være mellommann” i henhold til loven, jf NOU 1987:14 side 48. Eiendomsmegleren, handelsagenten og fullmektigen opptrer normalt i fremmed navn, og blir verken forpliktet eller berettiget etter avalen. Kommisjonæren inngår på den annen side avtaler i eget navn, jf kommisjonsloven § 4.⁴² Dermed er det han og ikke oppdragsgiver som blir bundet som avtalepart.

Forskjellen mellom eiendomsmegleren og handelsagenten på den ene siden og fullmektigen på den andre siden, er at fullmektigen *slutter avtaler* for hovedmannen, mens eiendomsmegleren og handelsagenten i utgangspunktet kun *formidler* avtaler.

Eiendomsmegleren og handelsagenten kan bare slutte avtaler hvor vedkommende har blitt utstyrt med særskilt fullmakt, jf eiendomsmeglingsloven § 6-6 og agenturloven § 18.

Hvor mellommannen har fått fullmakt til å slutte avtale på vegne av oppdragsgiveren, vil denne enten regnes som fullmektig (agent) eller kommisjonær, avhengig av om han opptrer i fremmed navn eller i eget navn.

Falkanger-utvalget la til grunn at ”hvorvidt slik fullmakt er gitt, spiller ingen rolle i forhold til mellommannsbegrepet i [§ 1-2 annet ledd]. Dette har den konsekvens at hvorvidt A kaller seg og opptrer som fullmektig eller kommisjonær, er uten betydning i forhold til enerettsreglene i [§ 2-1].”⁴³ Også i forarbeidene til den nye eiendomsmeglingsloven uttaler lovutvalget ”At fullmakt er gitt, er imidlertid i seg selv uten betydning for om eiendomsmeglingsloven kommer til anvendelse”.⁴⁴ Departementet legger også til grunn at ”det at mellommannen har fullmakt til å slutte avtale på vegne av oppdragsgiveren ikke i

⁴² Lov 30. juni 1916 nr. 1 om kommisjon

⁴³ NOU 1987:14 side 48

⁴⁴ NOU 2006:1 side 26

seg selv er avgjørende for spørsmålet om det foreligger et mellommannsforhold.”⁴⁵ For medvirkning til salg av eiendom i utlandet betyr dette blant annet at hvorvidt mellommannen kun formidler avtaler, eller om han er utstyrt med fullmakt til å slutte avtale, i utgangspunktet ikke vil være av avgjørende betydning for om virksomheten faller inn under eiendomsmeglingsloven.

Kredittilsynet har i en uttalelse av 22. januar 1991 uttrykt følgende: ”Eiendomsmegling, slik den er definert i lovens [§ 1-2 annet ledd], vil si å opptre som mellommann ved omsetning av fast eiendom [...]. Da fullmektigen/representanten er en mellommann, vil eiendomsmeglingslov omfatte det forhold å opptre som fullmektig for en part i en eiendomshandel.” Så langt er uttalelsen noenlunde i tråd med hva som er blitt sagt ovenfor, loven omfatter det å opptre som mellommann.

Kredittilsynet uttaler videre: ”Den praktiske konsekvens av denne betraktningsmåte er at alle slike fullmektiger, uavhengig av om vedkommende betegner seg som representant, fullmektig, konsulent osv. faller inn under lovens definisjon”.

At *alle* fullmaktstyper vil falle inn under lovens virkeområde, kan neppe medføre riktighet. Særlig vil såkalt stillingsfullmakt etter avtaleloven § 10 annet ledd ikke være forenlig med eiendomsmeglingslovens definisjon. Det følger forutsetningsvis av eiendomsmeglingsloven § 6-6 at fullmakt til å binde oppdragsgiver som sådan ikke er uforenlig med eiendomsmeglerrollen. Det må likevel forutsettes å gå en grense for hvor langt mellommannen kan gå i å opptre som fullmektig for oppdragsgiver før plikten til å ivareta dennes interesser vil være uforenlig med eiendomsmeglingsloven.

For å oppsummere, må det sies å følge av forarbeidene at sontringen mellom ulike typer mellommenn i seg selv ikke vil være avgjørende for om det foreligger mellommannsvirksomhet etter loven. Både en fullmektig og en handelsagent opptrer som

⁴⁵ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side16

”mellommann”, og vil ved omsetning av fast eiendom mot vederlag falle inn under lovens definisjon i § 1-2 annet ledd. Når det gjelder ulike fullmaktsforhold, vil likevel blant annet stillingsfullmakter ikke være omfattet av eiendomsmeglingsloven,⁴⁶ i motsetning til hva som synes å følge av ovennevnte uttalelse fra Kredittilsynet. For det andre vil selve eksistensen av en fullmakt i seg selv være en indikasjon på at vedkommende opptrer som representant for en av partene i handelen, og ikke som mellommann, jf nedenfor om mellommannens forhold til oppdragsgiver.

Selv om man kommer til at det foreligger et mellommannsforhold etter loven, kreves det også i tillegg at mellommannen bistår med relevante oppgaver i forbindelse med en eiendomstransaksjon for å falle inn under lovens anvendelsesområde, jf eiendomsmeglingsloven 1-2 annet ledd. Dette behandles nærmere under punkt 4.3.

4.2.2 Mellommannens forhold til oppdragsgiver

I Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 6 uttalte departementet som tidligere nevnt at eiendomsmegleren er en *selvstendig mellommann*, til forskjell fra representanten som opptrer *på vegne av* enten kjøper eller selger, og at det avgjørende for grensen mellom representasjon og megling vil være en vurdering av forholdet til oppdragsgiveren.

Det synes nærliggende å tolke uttalelsen dit hen at en mellommann som får i oppdrag å opptre på vegne av kjøper eller selger, da vil tre ut av rollen som mellommann, slik at uttrykkene *mellommann* og *representant* må sies å utelukke hverandre. Dermed vil den som anses å opptre som representant, ikke omfattes av lovens definisjon av eiendomsmegling i § 1-2 annet ledd. For at en mellommann skal kunne opptre som representant for en av partene, må forutsetningen være at karakteren av oppdraget som ensidig partsrepresentant også er synlig for medkontrahenten, i situasjoner mellommannen ellers kunne opptrådt i rolle som eiendomsmegler etter loven.

⁴⁶se også punkt 4.1.2

Det er grunn til å spørre om departementet med nevnte uttalelse siktet til enkelte typer mellommannsforhold hvor mellommannen står i et mer eller mindre avhengighets- og lojalitetsforhold til oppdragsgiver, jf definisjonen av megler som en ”selvstendig” mellommann. Selv om Falkanger-utvalget med bred penn anførte at hvorvidt ”A opptre i eget eller fremmed navn” eller ”kaller seg og opptre som fullmektig eller kommisjonær, er uten betydning i forhold til enerettsreglene” i eiendomsmeglingsloven,⁴⁷ kan det innen gruppen av mellommenn være stor variasjon med hensyn til mellommannens forbindelse med oppdragsgiver.

Det sondres tradisjonelt mellom de mellommenn som kun påtar seg enkeltoppdrag, og de som står i et varig, løpende kontraktsforhold med oppdragsgiveren. Det går i tillegg et viktig skille mellom de mellommenn som opptre ensidig, etter oppdrag fra bare selger- eller kjøpersiden, og de mellommenn som i utgangspunktet opptre som nøytrale formidlere og som tar oppdrag fra begge sider.

Etter tradisjonell inndeling vil ikke eiendomsmegleren stå i noe varig forhold til en bestemt oppdragsgiver. Når et oppdrag er avsluttet, vil forholdet til vedkommende oppdragsgiver opphøre. Eiendomsmegleren tilbyr sine tjenester til en ubestemt krets, og tar i utgangspunktet enkeltoppdrag fra både selger- og kjøpersiden.

Handelsagenten vil på den annen side normalt stå i et varig kontraktsforhold med en eller noen få oppdragsgivere. Av avgjørende betydning er at en handelsagent ofte blir oppdragsgivers spesielle tillitsmann, med plikt til ensidig å ivareta dennes interesser.⁴⁸ Innenfor gruppen av handelsagenter vil det også være stor variasjon med hensyn til forbindelsen til hovedmannen. I den ene enden finner vi typisk agenter som får sitt eneste eller viktigste oppdrag fra en enkelt oppdragsgiver, og som lett kommer i et avhengighets- og lojalitetsforhold til denne som kan ha likhetstrekk med det som er karakteristisk for et

⁴⁷ NOU 1987:14 side 48

⁴⁸ Jf Brækhus (1946) side 15

ansettelsesforhold. I den andre enden vil vi finne relativt store agenturforetak med et flertall av ulike oppdrag og med den uavhengighet og risikofordeling dette gir.⁴⁹

Selv om handelsagenten generelt har et mer fast og varig forhold til en eller flere oppdragsgivere, må det antas at agenten normalt opptrer i rolle som mellommann, ikke som partsrepresentant. Det er naturlig å skille agentens stilling fra konsulenter og andre som handler på vegne av et rettssubjekt og som identifiseres med denne, da agentens forhold til oppdragsgiver er basert på et oppdrag som er mer likt eiendomsmeglerens oppdrag.⁵⁰

Etter agenturloven § 5 har handelsagenter en plikt til å ”lojalt og redelig ivareta hovedmannens interesser” ved utførelsen av oppdraget. Selv om agenturloven regulerer omsetning av varer, jf lovens § 1, er det alminnelig antatt at loven vil kunne anvendes analogisk på lignende forhold.

Etter eiendomsmeglingsloven § 6-3 har en mellommann som medvirker til omsetning av fast eiendom en plikt til å opptre i samsvar med god meglerskikk, med omsorg for begge parter interesser og ikke opptre på noen måte som er egnet til å svekke tilliten til hans uavhengighet. Selv om også eiendomsmegleren skal arbeide for å oppnå at handel blir sluttet på vilkår som er best mulige for oppdragsgiveren,⁵¹ må meglerens lojalitetsplikt overfor oppdragsgiver også måtte avveies mot pliktene overfor medkontrahenten.⁵²

Samlet sett må det legges til grunn at en handelsagent som mot godtgjørelse medvirker til salg av fast eiendom i utlandet, i utgangspunktet vil falle inn under eiendomsmeglingslovens definisjon i § 1-2 annet ledd. Agentens varige, løpende forhold til sin oppdragsgiver, med plikt til ensidig å ivareta dennes interesser, jf agenturloven § 5, vil imidlertid normalt ikke være forenlig med eiendomsmeglingslovens regler, blant annet med

⁴⁹ Jf Sandvik (1971) side 29

⁵⁰ Lilleholt, Norsk lovkommentar, note 5 til eiendomsmeglingsloven § 1-1.

⁵¹ NOU 1987:14 side 64

⁵² se punkt 5.1

hensyn til mellommannens plikt til å opptre nøytralt med omsorg for begge parter interesse, jf lovens § 6-3. Den typiske agent som står i et varig forhold til oppdragsgiver, og som medvirker til transaksjoner som nevnt i lovens § 1-2 annet ledd på en slik måte at medvirkningen er å anse som eiendomsmegling, vil derfor opptre i strid med eiendomsmeglingsloven.

Skillet mellom eiendomsmeglerens enkeltoppdrag og handelsagentens mer eller mindre varige oppdrag må trekkes på grunnlag av rettsforholdet mellom mellommannen og oppdragsgiveren. Et agenturforhold må ha et avtalegrunnlag. At det rent faktisk utvikler seg et forretningsforhold på bakgrunn av stadige oppdrag, er normalt ikke tilstrekkelig. Hvor en oppdragsgiver benytter samme mellommann uten at han er rettslig forpliktet til det, vil det kun foreligge et faktisk kundeforhold. En faktisk forbindelse av langvarig art vil imidlertid kunne sette preg på rettsforholdet mellom oppdragsgiver og mellommannen.

Likeledes vil også en fullmektig, eller en eiendomsmegler med fullmakt til å binde en av partene etter lovens § 6-6, ved formidling av fast eiendom i utlandet i utgangspunktet falle inn under begrepet ”mellommann” i lovens forstand, jf § 1-2 annet ledd. Likevel vil det å opptre som fullmektig, med plikt til å slutte avtale på best mulig vilkår for oppdragsgiver, i enkelte tilfeller kunne være uforenlig med eiendomsmeglingslovens plikt til å opptre med omsorg for begge parter interesser. Den svenske fastighetsmäklarlagen⁵³ har i § 15 et forbud for eiendomsmeglere mot å representere kjøpere eller selgere som ”ombud”. I norsk rett er det antatt at det samme vil følge av kravet om å utføre megleroppdraget i samsvar med god meglerskikk og med omsorg for begge parter interesser, jf eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd.⁵⁴ Resultatet må bli en innskrenkende tolkning av § 6-6 i lys av § 6-3; megler kan inngå begrensede fullmaktsavtaler så langt kravet til god meglerskikk og omsorg for begge parter interesser tillater det. Hvor mellommannen blir ansett å opptre som representant for den ene parten, vil han bli identifisert med denne, og opptrer således ikke som ”mellommann” etter loven.

⁵³ Lov 20. april 1995 nr. 400

⁵⁴ Jf Rosén (2005) side 103

4.3 Når foreligger medvirkning som omfattes av loven?

Med eiendomsmegling forstås etter eiendomsmeglingsloven § 1-2 annet ledd det å opptre som mellommann ”ved omsetning” av rett til fremmed fast eiendom. Etter en naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd vil mellommannen måtte yte et minimum av bistand i tilknytning til visse transaksjoner, for å omfattes av lovens definisjon. Spørsmålet er hva som skal til av bistand fra mellommannens side for at virksomheten faller inn under lovens virkeområde.

Uttrykket ”omsetning” vil etter en naturlig språklig forståelse først og fremst innebære kjøp og salg. Lovens § 1-2 annet ledd nr. 1 til 5 inneholder en konkretisert og uttømmende oppregning av de omsetningsformer loven omfatter. Omsetning av fast eiendom, herunder eierseksjon og ideell andel i fast eiendom, er den praktisk viktigste gruppen.

4.3.1 Eiendomsmegleren yter en innsats for å bringe selger og kjøper sammen

Hvorvidt noen har opptrådt som en mellommann i forbindelse med en eiendomstransaksjon vil i utgangspunktet bero på en helhetsvurdering,⁵⁵ og det endelige standpunkt må tas på grunnlag av de konkrete omstendigheter.⁵⁶ Her skal det imidlertid forsøkes å utlede noen holdepunkter på grunnlag av foreliggende rettskildemateriale. Hvis foretakets formidling av eiendom i utlandet er av den art at den omfattes av loven, må virksomheten tilfredsstille lovens minstekrav, blant annet til å formidle eiendommene i samsvar med god meglerskikk.

Eiendomsmeglingsoppdrag vil i praksis være svært forskjellige med hensyn til hva meglers oppgaver går ut på. Utgangspunktet er at mellommannen skal yte en innsats for å bringe to eller flere parter sammen i en avtale; eiendomsmegleren formidler handelen mellom

⁵⁵ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 18

⁵⁶ NOU 1987:14 side 50

partene.⁵⁷ Et unntak gjelder oppgjørsoppdrag, som omfattes av loven selv om partene i handelen har inngått en bindende avtale før megler kontaktes, jf eiendomsmeglingsloven § 1-2 annet ledd.

4.3.1.1 Forarbeidene

Forarbeidene til eiendomsmeglingsloven av 2007 bygger i stor grad på forarbeidene til den forrige eiendomsmeglingsloven av 1989. Disse vil derfor behandles først.

I forarbeidene til loven av 1989 er det redegjort nærmere for ulike elementer som kan omfattes av et eiendomsmeglingsoppdrag, sett fra mellommannens ståsted. I NOU 1987:14 side 50 heter det: ” Et salg av fast eiendom vil gjerne kunne deles opp i flere faser hvis man ser det med mellommannens øyne, f.eks. slik:

- (1) mottagelse/registrering av oppdraget, typisk et salgsoppdrag,
- (2) besiktigelse av salgsobjektet, tilveiebringelse av informasjon om faktiske og rettslige forhold, eventuelt opprydning i rettslige heftelser (salgsklargjøring),
- (3) salgsarbeide: kunngjøring og visning - med informasjon til mulige kjøpere om salgsobjektet,
- (4) de egentlige salgsforhandlinger, med sikte på å oppnå enighet mellom selger og kjøper,
- (5) bistand mht. finansiering av ervervet,
- (6) utforming av kontrakten, innhenting av underskrifter m.v.,
- (7) gjennomføring av det økonomiske oppgjøret,
- (8) bistand ved konsesjon o.l.,
- (9) hjemmelsoverføring.”

Mellommen trenger ifølge utvalget ikke bistå med samtlige faser for å omfattes av lovens definisjon. I følge utvalgets vurderinger vil det fortsatt foreligge eiendomsmegling selv om selger/kjøper på egenhånd ordner med finansiering, betaling og

⁵⁷ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 16

hjemmelsoverføring, og selv om grunnarbeidet i fase 2 er blitt utført av selger eller tidligere megler. De sentrale faser i salget vil således være 3, 4 og 6. Siden partene kan bestemme at en annen enn eiendomsmegleren skal stå for kontraktsutforming, jf eiendomsmeglingsloven § 6-8 første ledd, vil det også være snakk om eiendomsmegling som faller inn under loven der megleren bare utfører oppgaver i fase 3 og 4.⁵⁸ På den annen side må det antas at medvirkning innen kun én av de ovennevnte faser ikke automatisk fører forholdet inn under lovens virkeområde.

”Å bringe partene sammen” er ifølge lovforarbeidene det vesentlige. I noen tilfeller trenger imidlertid ikke dette ha noe preg av eiendomsmegling. I følge utvalget vil tilfeller hvor partene bringes sammen ved hjelp av annonser i avisene, ved bruk av oppslagstavler eller liknende alene ikke være nok til at forholdet omfattes av loven. For eksempel vil en eier av en avis eller en oppslagstavle ikke kunne kalles en mellommann selv om selgere og kjøpere finner hverandre gjennom annonser i avisen eller oppslag på tavlen. Hvis det kommer noe mer i tillegg til slik ”mekanisk formidling”, kan det ifølge utvalget raskt bli snakk om eiendomsmegling. Hvor man i tillegg holder visning, gir individuelle råd eller individuell bistand eller deltar i forhandlinger, vil grensen lett være overskredet, jf NOU 1987:14 side 50. Falkanger-utvalget synes å vurdere mellommannens innsats ut ifra en skala hvor man på den ene siden kun forestår en ren mekanisk videreformidling av informasjon, mens på den andre siden spiller en aktiv rolle for å bringe partene sammen. Hvor man yter en innsats for å bringe partene sammen utover ren annonsering og annen ”mekanisk formidling” vil altså forholdet raskt kunne karakteriseres som eiendomsmegling.

Høyesterett har senere gjengitt Falkanger-utvalgets 9 faser ved vurderingen av hva som skal regnes som eiendomsmegling i lovens forstand, se blant annet Rt. 1997 side 1061. Høyesteretts tilslutning til utvalgets inndeling er med på å øke dens rettskildemessige vekt.

⁵⁸ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 16

I NOU 2006:1 side 27 foreslo utvalget en viss tilstramming av den praksis som har blitt fulgt når det gjelder bistand i forbindelse med eiendommer beliggende i utlandet. Etter forslaget skulle all medvirkning utover å forestå ren mekanisk formidling være omfattet av loven. Grensen for hva som er å anse som eiendomsmeglingsvirksomhet skulle i følge utvalgets forslag være overtrådt dersom man i tillegg til den rene annonsering, også avholdt informasjonsmøter/salgsmøter eller arrangerte visningsreiser. Finansdepartementet sluttet seg som kjent ikke til utvalgets forslag.⁵⁹ Departementet uttalte at dersom man skulle legge utvalgets uttalelser til grunn, ville alene det å bistå med salgsarbeide; kunngjøring og visning med informasjon til mulige kjøpere om salgsobjektet, utgjøre eiendomsmegling, uten at det også ytes bistand med salgsforhandlinger eller utforming av kontrakt mv. Ifølge departementet er dette ikke tilfelle etter gjeldende rett, hvor man må ”delta i flere faser av transaksjonen for å anses som mellommann”.

Av forarbeidene må en altså kunne utlede at det å yte bistand med tradisjonelt salgsarbeid, jf fase 3 i Falkanger-utvalgets inndeling, alene ikke er nok til å bli ansett som eiendomsmegling etter loven. For å omfattes av loven kreves deltakelse i flere av de ovennevnte fasene av transaksjonen. Som salgsarbeid regnes vanligvis annonsering og utstilling av eiendommene med informasjon om salgsobjektene, utlevering av brosjyrer og prospekter, samt avholdelse av tradisjonelle visninger. I forhold til Falkanger-utvalgets uttalelser om at bistand utover mekanisk formidling raskt kan bli å anse som eiendomsmegling, synes disse forarbeidene å utvide grensen noe for hva som kan ytes av medvirkning i forbindelse med eiendomstransaksjoner før virksomheten rammes av eiendomsmeglingsloven.

Departementets uttalelser om hva som skal anses som gjeldende rett må tillegges betydelig vekt, da det er gjeldende rett som forutsettes videreført i den nye eiendomsmeglingsloven.

⁵⁹ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19

4.3.1.2 Rettspraksis

I Rt. 1978 side 17 var problemstillingen hvorvidt det forelå eiendomsmegling etter § 1 i eiendomsmeglingsloven av 1938.⁶⁰ Tiltalte hadde ved å henvende seg til utleiere innhentet oppdrag som gikk ut på å skaffe tilfredsstillende leieboere. Han hadde deretter gjennom annonsering fått kontakt med boligsøkere. Disse fikk, mot et gebyr, anledning til å gå igjennom hans oppgaver over ledige boliger. Interessentene måtte selv henvende seg til utleier, og eventuelt inngå kontrakt. Tiltalte deltok ikke i forhandlinger mellom partene og ytet heller ikke bistand med kontraktsutforming. Videre var hans godtgjørelse uavhengig av hvorvidt kontrakt kom i stand.

Høyesterett uttalte at vedkommendes aktivitet gikk ”vesentlig utover den virksomhet som drives av aviser og andre som tradisjonelt faller utenfor megleryrket”. For at det skulle foreligge eiendomsmeglingsvirksomhet, var det ifølge førstvoterende dessuten ikke nødvendig at partenes forhandlinger førte frem til en endelig avtale, eller at mellommannen oppnådde godtgjørelse i form av provisjon. Høyesterett konkluderte med at formidlingen utgjorde eiendomsmegling i lovens forstand.

Kjennelsen må anses å være i tråd med forarbeidenes forutsetninger. Siktete ytet i tillegg til annonseringen en viss personlig innsats for å bringe partene sammen. Han innhentet og registrerte ulike oppdrag, samt at han kartotekførte og kunngjorde leieobjektene med informasjon til mulige interessenter. Vedkommende utførte således gjøremål både innen fase 1 og fase 3 i henhold til Falkanger-utvalgets inndeling. Dette synspunktet blir imidlertid et konstruert ratio decidendi; avgjørelsen ble klart nok ikke begrunnet ut ifra hvor mange faser i formidlingen vedkommende utførte, men med henvisning til at virksomheten gikk ”vesentlig utover” det som senere har blitt karakterisert som mekanisk formidling.

⁶⁰ Lov 24. juni 1938 nr. 13 om eiendomsmegling

Rettskildemessig må avgjørelsen ha begrenset vekt. Tvisten angikk formidling av utleieobjekter beliggende i Norge. Kjennelsen ble dessuten avsagt for nærmere 30 år siden, på grunnlag av eiendomsmeglingsloven av 1938. Selv om lovens definisjon av eiendomsmegling i det vesentlige har forblitt uendret, må lovgivers aktivitet på området i den senere tid få betydning for avgjørelsens rettskildemessige vekt.

I Rt. 1997 side 1061 var spørsmålet om en advokats bistand i forbindelse med kontraktsinngåelse og oppgjør var å anse som eiendomsmegling. Advokaten hadde som del av et forretningsfellesskap forestått salg av boligseksjoner. Det var ikke tvilsomt at forretningsfellesskapet samlet sett hadde utført eiendomsmegling. Spørsmålet var om advokatens bistand alene kunne karakteriseres som eiendomsmegling. Høyesterett viste til at forarbeidene til loven av 1989 deler meglingen inn i flere faser, og at det ifølge forarbeidene ikke kreves at mellommannen er engasjert i samtlige faser for å omfattes av mellommannsbegrepet. I forhold til salget av eierseksjonene, var det etter rettens mening klart at advokaten hadde hatt en sentral rolle. I den konkrete eiendomsoverdragelsen som tvisten gjaldt, hadde advokaten utarbeidet utkast til avtale mellom partene, og han hadde også fått meglerprovisjon for oppdraget. I tillegg hadde partene betraktet forholdet som et megleroppdrag. Samlet sett ble dette ansett som tilstrekkelig omfattende til at advokaten hadde opptrådt som eiendomsmegler.

Forholdet gjaldt overdragelse av boligeiendom i Norge, og vil således ha mindre rettskildemessig betydning i forhold til omsetning av eiendommer i utlandet. Dommen viser imidlertid at utvalgets inndeling av oppdraget i faser tillegges betydelig vekt ved grensedragningen. Advokaten hadde bistått med utkast til kontrakt og med gjennomføringen av det økonomiske oppgjøret, henholdsvis fase 6 og fase 7 etter utvalgets inndeling. Av dommen kan det i tillegg utledes at det forhold at partene selv oppfatter foretakets eller advokatens arbeid som ledd i et megleroppdrag kan være et relevant moment å ta i betraktning.

4.3.1.3 Kredittilsynets praksis

En rekke eiendomsmeglingsforetak har søkt Kredittilsynet om dispensasjon fra forbudet i tidligere eiendomsmeglingslov mot å drive annen næringsvirksomhet,⁶¹ for å kunne utføre agenttjenester for utenlandske selgere. Foretakene har gjennomgående fått tillatelse til å drive slik virksomhet.⁶² Også i nåværende lovs § 5-1 tredje ledd er departementet gitt hjemmel til i enkeltvedtak å gjøre unntak fra loven. Kredittilsynet har imidlertid i høringsnotat av 22. juni 2007 om forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift⁶³ anført at eiendomsmeglingsforetak ikke lenger skal kunne bistå utelukkende med markedsføring eller på annen måte kunne opptre som partsrepresentant ved omsetning av fast eiendom.

Det følger av Kredittilsynets tidligere praksis vedrørende dispensasjon fra loven at det å forestå ren annonsering og å avholde informasjonsmøter *ikke* er å anse som eiendomsmegling. Dersom foretakene ikke bare forestår annonsering, men også arrangerer visningsturer, deltar på disse, gir individuelle råd eller individuell bistand eller deltar i forhandlinger, har Kredittilsynet lagt til grunn at foretakene driver eiendomsmeglingsvirksomhet.⁶⁴ Det vil si at hvor en virksomhet *i tillegg til* markedsføring av konkrete utbyggingsprosjekter, også arrangerer visningsturer for konkrete utbyggere, og/eller bistår kjøper med rådgivning i forbindelse med kjøpet, vil dette normalt være tilstrekkelig til at virksomheten kan rammes av eiendomsmeglingsloven.

Kredittilsynet har i rundskriv 24/1997⁶⁵ vurdert hvilke deler av mellommannsvirksomheten som kan utøves utenfor fast kontorsted, jf eiendomsmeglingsloven § 2-5, basert på Falkanger-utvalgets inndeling. Kredittilsynet har godtatt at enkelte av de oppgavene som inngår i Falkanger-utvalgets 9 faser utføres uten at dette rammes av eiendomsmeglingsloven. Kredittilsynet har funnet å kunne akseptere at disse oppgavene

⁶¹ Lov 16. juni 1989 nr. 53 om eiendomsmegling § 2-6 første ledd

⁶² Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 38

⁶³ se <http://www.regjeringen.no/upload/FIN/fma/emeglforskrift220607.pdf>

⁶⁴ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 16

⁶⁵ Datert 19. september 1997

utføres utenom det faste forretningssted, ut fra en vurdering av at ”disse oppgaver, verken enkeltvis eller samlet, er tilstrekkelig omfattende og sentrale til at forholdet kan karakteriseres som mellommannsvirksomhet”. Av funksjoner som har blitt godtatt er ifølge rundskrivet utlevering av prospekter, utstilling av eiendommer som foretaket har for salg/utleie, samt avholdelse av visninger. I tillegg vil man kunne ta imot beskjeder fra klienter og andre på vegne av foretaket. Oppgaver som er ansett som tilstrekkelig omfattende og sentrale til at forholdet må karakteriseres som eiendomsmegling er ifølge rundskrivet innhenting av oppdrag, herunder besiktigelse, enhver form for forhandlinger mellom klienter og interessenter, administrering av budrunder, kontraktsskriving og medvirkning med økonomisk oppgjør.

Det er blitt stilt spørsmål ved om Kredittilsynets praksis her er fullt ut akseptabel i forhold til eiendomsmeglingsloven § 1-2 annet ledd sammenholdt med § 2-1 om tillatelse.⁶⁶

Behandling av beskjeder, særlig i forbindelse med budgivningen, er en viktig del av oppdraget. Det samme er avholdelse av visninger. Visningsturer, kombinert med utpekning av salgsobjekter, vil i mange tilfeller være avgjørende i salgsprosessen. Dessuten er ikke veien lang fra å organisere visninger med informasjon til mulige interessenter, til det å gi individuelle råd og individuell bistand til kjøpere, noe som i forarbeidene er blitt ansett å kunne føre forholdet inn under lovens anvendelsesområde, jf NOU 1987:14 side 50.

Med hensyn til Kredittilsynets rundskriv er det imidlertid grunn til å merke seg at selv om tilsynets vurderinger som kompetent fagmyndighet må tillegges betydelig vekt⁶⁷, vil man måtte regne med at tilsynet tillegger egen praksis noe større vekt enn en uavhengig domstol vil gjøre, av hensyn til forutberegnelighet og likebehandling av aktørene. De oppgaver som i følge rundskrivet vil kunne utøves uten å være omfattet av loven tar utgangspunkt i hva Kredittilsynet ”tradisjonelt” har tillatt. I tillegg vil hensynene bak den nærmere grensen for hva som skal anses som eiendomsmegling kunne bli avveid noe forskjellig når det gjelder kravet til fast kontorsted i forhold til spørsmålet om hvorvidt bistand ved omsetning av

⁶⁶ Jf Rosén (2005) side 50

⁶⁷ Innst.O.nr. 92 (1988-1989) side 20

eiendommer i utlandet omfattes av eiendomsmeglingsloven. Hvilke reelle hensyn som får betydning i forbindelse med omsetning av eiendom i utlandet er omtalt nedenfor.

4.3.1.4 Reelle hensyn

Reelle hensyn vil også kunne ha betydning som selvstendig rettskildefaktor. Grensen for hvor mye en mellommann skal kunne bistå med før virksomheten omfattes av eiendomsmeglingsloven er i stor grad et resultat av en avveining av motstridende hensyn. De forbrukerhensyn som taler for at eiendomsmegling skal være underlagt offentligrettslig regulering, og herunder de hensyn som taler for at også utenlandsformidling skal være underlagt disse reglene, taler generelt i favør for at reglene får anvendelse på et bredt spekter av eiendomsformidlere. Hensynet til at kjøpere av fast eiendom får korrekt informasjon ved erverv av fast eiendom taler for eksempel for en ansvarliggjøring av aktørene som driver aktiv markedsføring av eiendommer i utlandet. Kjøpers behov for sikkerhet for dekning av krav mot mellommannen taler for å la loven få et bredt anvendelsesområde.

På den annen side vil hensynet til mest mulig fri konkurranse tale for at kjøpere av fast eiendom bør kunne velge kostnadseffektive alternativer fremfor dyr og tradisjonell megling hvor de selv ønsker dette. Særlig gjelder dette ved utenlandsmegling, hvor behovet for å utvikle et sikkerhetsnett for de mer atypiske tilfeller vil måtte avveies i forhold til de økte kostnadene som dermed påføres alle brukerne av eiendomsmeglingstjenester. Det er en uttalt målsetting fra lovgiver at omsetningen av fast eiendom skal være effektiv.⁶⁸ Fra et samfunnsøkonomisk synspunkt er det uheldig at oppgaver løses på et for høyt nivå, det vil si at forholdsvis enkle oppgaver er forbeholdt utøvere som er underlagt kompetansekrav som er satt med tanke på mer krevende oppgaver.⁶⁹ Eiendomsmeglingslovens monopolordning vil avskjære andre aktører fra å yte tjenester innenfor lovens virkeområde, og den reduserte konkurransen som følger av dette kan medføre økte kostnader for

⁶⁸ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 11

⁶⁹ NOU 1987:14 side 18

brukerne. Dette taler for at eneretten ikke bør rekke lenger enn hensynet til betryggende megling tilsier.

Lovgiver har ved avveiningen av ulike hensyn gjennomgående lagt vekt på hensynet til en sikker og ordnet omsetning av fast eiendom, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 11. De hensyn som taler for en offentligrettslig regulering av slik mellommannsvirksomhet, vil også tale for at den offentligrettslige reguleringen har et bredt anvendelsesområde og sikrer at aktørene yter tjenester av høy kvalitet. Behovet for å beskytte publikum mot ukyndige eller useriøse aktører vil til en viss grad ha gjennomslagskraft i forhold til de generelle motforestillinger overfor innskrenkninger i næringsfriheten.

4.3.2 Sammenfatning

Spørsmålet er hvordan formidlingen av utenlandske eiendommer i praksis skal bedømmes etter de utgangspunkter som ble oppstilt i forrige avsnitt.

Tre hovedgrupper av aktører opptrer normalt som omsetningsledd på det norske markedet. For det første vil noen utenlandske selgere eller utbyggere operere med ansatte salgsrepresentanter i Norge. Disse vil ikke opptre som mellommenn idet de ikke er selvstendige omsetningsledd, og vil følgelig ikke være omfattet av eiendomsmeglingsloven. Det avgjørende for grensen mellom representasjon og megling vil være en vurdering av forholdet til oppdragsgiveren jf avgrensningen i kapittel 4.

For det andre benytter utenlandske selgere seg i stor grad av handelsagenter i Norge. En handelsagent er en selvstendig mellommann som i utgangspunktet vil være omfattet av eiendomsmeglingslovens definisjon av hva som er eiendomsmegling.⁷⁰ Spørsmålet er her hvor mye agenten bistår med i praksis, og om denne bistanden er omfattende nok til at den rammes av loven.

⁷⁰ NOU 1987:14 side 49

For det tredje har også norsketablerte eiendomsmeglingsforetak frem til den nye eiendomsmeglingslovens ikrafttredelse hatt anledning til å søke om dispensasjon for å utføre agenttjenester for utenlandske selgere. Etter den nye eiendomsmeglingsforskriften⁷¹ skal eiendomsmeglingsforetak ikke lenger kunne bistå utelukkende med markedsføring eller på annen måte kunne opptre som partsrepresentant ved omsetning av fast eiendom, jf forskriftens § 5-1 annet ledd litra a. Eiendomsmeglerne vil etter dette måtte velge å påta seg oppdraget i sin helhet, eller avstå fra enhver deltakelse i oppdraget.

Det er altså de facto sjelden at samtlige faser i et tradisjonelt meglingsoppdrag⁷² utføres av en norsk mellommann. De norske aktørenes medvirkning er ofte begrenset til ulike former for markedsføring. Markedsføringen vil normalt gå ut på annonsering i aviser, brosjyrer og på internett, samt avholdelse av informasjonsmøter. Informasjonen til mulige kjøpere er som regel basert på de opplysningene om faktiske og rettslige forhold som er gitt av utbygger/selger eller av utenlandsk eiendomsmegler.⁷³ Opplysningene blir normalt ikke kontrollert av den norske aktøren. Både agenter og eiendomsmeglerforetak arrangerer også jevnlig visningsturer til utlandet. På visningsturene blir små grupper av interessenter vist rundt i det aktuelle nærområdet. Det vil i noen tilfeller være mulighet for å prøvebo leilighetene såfremt disse er ferdigstilte. Interessentene får her informasjon om de totale omkostningene, årlige utgifter, lovbestemte formaliteter, tilbud på flyreiser og muligheter for utleie av eiendommene mv.⁷⁴

Avtaleslutning, bistand med kontraktsutforming og gjennomføring av det økonomiske oppgjøret med hjemmelsoverføringer og konsesjoner mv. blir som regel utført av selger, eiendomsmeglingsforetak eller notar i det aktuelle landet.

⁷¹ se <http://www.regjeringen.no/upload/FIN/fma/emeglforskrift220607.pdf>

⁷² NOU 1987:14 side 50

⁷³ NOU 2006:1 side 42

⁷⁴ Jf Jacobsen (2006) side 173 og 210

At norske eiendomsmeglingsforetak som regel har valgt å utføre mer begrensede markedsføringsoppgaver når utenlandske eiendommer skal fremlegges for salg i Norge, kan for det første skyldes at rettsreglene for kjøp av fast eiendom, hjemmelsoverføring, konsesjon, offentlig regulering mv. er andre enn i Norge. For det andre vil språkbarrierer forklare noe av årsaken til at norske foretak sjelden har påtatt seg tradisjonelle megleroppdrag.

I henhold til det som kan utledes av foreliggende rettkildemateriale, jf 4.3.1, synes det som om det gjennomgående er to vurderingstemaer som trekkes frem ved spørsmålet om mellommannens oppgaver omfattes av eiendomsmeglingsloven. For det første; hvor mange av de nevnte fasene i et tradisjonelt oppdrag omfatter formidlingen i det konkrete tilfellet? For det andre, hvor aktiv rolle spiller mellommannen for å bringe partene sammen? I praksis vil disse vurderingstemaene kun bli momenter i en helhetsvurdering. Utgangspunktet er at det må noe mer til utover den mekaniske formidlingen, men at det ikke er nødvendig at mellommannen bistår med oppgaver innen samtlige eller flertallet av de tradisjonelle faser av meglingsoppdraget for å omfattes av loven.

Hvor mellommannen bistår ved *flere faser*, vil virksomheten normalt være omfattet av loven, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19. For eksempel vil et foretak som har påtatt seg å utføre salgsarbeid for en utenlandsk selger, i enkelte sammenhenger også spille en viss rolle i de nærmere salgsforhandlingene.⁷⁵ I så tilfelle vil foretakets bistand omfatte to av de mest sentrale fasene i et meglingsoppdrag.⁷⁶ Ved å innlate seg på salgsforhandlinger vil mellommannen normalt spille en aktiv rolle og søke å bidra til at partene forenes i en avtale. I tillegg fremgår det av Kredittilsynets praksis at enhver form for forhandlinger mellom klienter og interessenter blir å regne som eiendomsmegling, jf rundskriv 24/1997. Foretak og agenter som yter bistand i forbindelse med salgsforhandlinger i tillegg til markedsføring vil etter dette måtte rammes av eiendomsmeglingsloven.

⁷⁵ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 37

⁷⁶ NOU 1987:14 side 50

I mange tilfeller er det tilstrekkelig at mellommannen bistår med oppgaver innen *èn fase* for å falle inn under eiendomsmeglingsloven virkeområde. I tillegg til bistand med salgsforhandlinger, vil for eksempel utforming av kontrakt eller medvirkning med det økonomiske oppgjøret i utgangspunktet rammes av eiendomsmeglingsloven, jf Kredittilsynets rundskriv 24/1997.

Hvor mellommannen bare bistår med *salgsarbeid*, vil utgangspunktet i følge forarbeidene være at forholdet *ikke* omfattes av loven, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19. Salgsarbeid vil imidlertid omfatte mange viktige funksjoner sett fra kjøpers ståsted, blant annet det å arrangere visningsreiser og bistå med informasjon og rådgivning. Kredittilsynet har i forbindelse med søknader om dispensasjon fra forbudet om annen næringsvirksomhet, jf ovenfor punkt 4.3.1.3, lagt til grunn at dersom foretakene ikke bare forestår annonsering, men også arrangerer visningsreiser, deltar på disse, samt gir individuelle råd eller individuell bistand, eller deltar i forhandlinger, så driver foretakene eiendomsmeglingsvirksomhet. Kredittilsynets tidligere praksis synes å være i tråd med Falkanger-utvalget forutsetninger om lovens anvendelsesområde, jf NOU 1987:14 side 50.

Lovgiver synes imidlertid å ha foretatt en vurdering av denne formen for bistand i forbindelse med eiendomsmeglingslovutvalgets forslag⁷⁷ om å gjøre en innstramning av lovens virkeområde. Departementet stilte seg tvilende til at en utvidelse av lovens enerettsområde ville medføre nevneverdig styrking av forbrukernes stilling. Departementet mente derfor at ”alene det å drive salgsarbeid, kunngjøring og visning med informasjon til mulige kjøpere om et salgsobjekt” ikke skal anses som mellommannsvirksomhet, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 19. Uttalelsene er forholdsvis generelle, men likevel ikke tvilsomme. Avholdelse av visninger, kunngjøring og informasjon til interessenter vil ifølge departementet alene ikke omfattes av lovens definisjon av eiendomsmegling. Lovgivers uttalelser om hva loven er forutsatt å omfatte må her tillegges avgjørende betydning.

⁷⁷ NOU 2006:1 side 27

I det konkrete tilfelle vil imidlertid avgjørelsen fortsatt måtte bero på en helhetsvurdering, jf Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 18, således at man ikke bastant kan legge den ene eller andre løsning til grunn avhengig av om oppgavene faller innenfor eller utenfor det som tradisjonelt betegnes som ”salgsarbeid”. Tidspunktet hvor aktiviteten går fra å utgjøre salgsarbeid til også å omfatte salgsforhandlinger er sjeldent helt eksakt. Hvis et foretak i tillegg til annonsering og eventuelt arrangering av visningsturer, også gir individuelle råd eller holder kontaktskapende møter med representanter for utbyggere/selgere og eventuelt innleder seg på forhandlinger mellom partene, vil dette samlet sett kunne tale for at virksomheten er såpass omfattende at den må falle inn under loven.

I konkrete tilfeller vil den nærmere grensen måtte trekkes konkret, blant annet ut ifra en vurdering av hvor aktiv rolle mellommannen innehar. Hvor mellommannen bistår aktivt ved omsetningen av utenlandske eiendommer og yter en innsats for å bringe selger og kjøper sammen slik at handel kan slutes, vil denne aktive rollen være et tungtveiende moment for at formidlingen rammes av loven. Her vil særlig visningsreiser for konkrete utbyggere med utpekning av salgsobjekter være i grenseland for hva som kan aksepteres av formidlingsoppgaver utenfor eiendomsmeglingslovens rammer. Det kan anføres at loven ikke svarer til sin intensjon vedrørende en sikker og ordnet omsetning av fast eiendom, dersom den ikke rammer eller regulerer denne type salgsarbeid. I tråd med lovgivers vektlegging av forbrukerhensyn må det kunne slutes at hvor medvirkningen omfatter så vel visningsreiser som individuell rådgivning og kontaktskapende møter med selger, er grensen for hva som omfattes av eiendomsmeglingsloven overtrådt.

Hvor innhenting av opplysninger om eiendommen, kontraktsutforming og gjennomføring av oppgjør håndteres av notaren i det landet eiendommen befinner seg, vil hensynet til å beskytte publikum mot ukyndige eller useriøse utøvere kunne ha noe mindre vekt, siden disse funksjonene blir ivaretatt av et objektivt og uavhengig organ. Men også her vil kjøpere av utenlandsk eiendom ha behov for den sikkerhet loven gir i forhold til mellommannens undersøkelses- og opplysningsplikt, sikkerhetsstillelse mv., således at

grensen for når en mellommann opptrer innenfor lovens enerettsområde vil måtte trekkes på samme sted.

Tilsvarende kan det spørres om det forhold at selger/utbygger er norsk, vil kunne ha betydning for den nærmere grensedragningen. Her vil blant annet språkbarrierer i noe mindre grad vanskeliggjøre oppfyllelse av lovens krav til innhenting og kontroll av opplysninger om eiendommene. Det må legges til grunn at det skal noe mindre til for at mellommannens medvirkning anses som eiendomsmegling når selger/utbygger er norsk.

Oppsummeringsvis må det bemerkes at det ikke alltid vil være like enkelt, selv med omfattende undersøkelser, å få oversikt over hva den enkelte aktøren driver med i henhold til mellommannsbegrepet i eiendomsmeglingsloven. Videre vil det antakeligvis ikke kreves mye for å omgå loven. Grensen for hva som anses som eiendomsmegling er dessuten noe uklar, særlig når det gjelder salg av fast eiendom beliggende i utlandet. Hensynet til forutberegnelighet, både for aktørene og for selgere og kjøpere av eiendom i utlandet, og forbrukerhensyn som tidligere nevnt, taler for en klargjøring fra lovgivers side vedrørende den nærmere grensedragningen. Likevel skal disse hensyn ikke strekkes for langt; norske kjøpere har også selv en oppfordring til å foreta nærmere undersøkelser om aktøren som formidler eiendommen, og må forutsettes å kunne skille mellom partsrepresentanter som forestår markedsføring på vegne av selger, og en selvstendig mellommann som eiendomsmegleren som i utgangspunktet kan bistå ved samtlige faser i et oppdrag.

5 Betydningen av at virksomheten omfattes av loven

Problemstillingen har så langt vært om mellommannen opptrer i rolle som agent eller som eiendomsmegler ved omsetning av eiendommer beliggende i utlandet. Temaet i det følgende er betydningen av at mellommannens medvirkning blir å anse som eiendomsmegling etter eiendomsmeglingsloven. Oppgaven vil for det første se nærmere på enkelte av meglernes plikter etter lovens kapittel 6 om oppdraget og utførelsen av dette, og hvordan disse pliktene skal tolkes, blant annet sett i lys av at objektet for formidlingen reguleres av et annet lands rettssystem. For det andre vil noen utgangspunkter vedrørende meglers ansvarsgrunnlag ved megling av utenlandsk eiendom vurderes nedenfor i 5.2.

5.1 Plikter overfor kjøper ved formidling av utenlandsk eiendom

Eiendomsmeglingslovutvalgets flertall foreslo som tidligere nevnt at eiendomsmeglingslovens privatrettslige bestemmelser skulle få anvendelse så langt de passer ved megling av eiendom beliggende i utlandet, jf NOU 2006:1 side 45. Flertallet gav også en oversikt over hvilke *normalforventninger* som etter flertallets mening burde stilles til eiendomsmegler i forbindelse med utenlandsmegling. Departementet fant imidlertid at en slik løsning ikke ville fungere tilfredsstillende, da dette ville skape store uklarheter med hensyn til forståelsen av loven og medføre vanskeligheter for eiendomsmeglere, forbrukere og myndigheter.⁷⁸

Både lovutvalget og departementet bemerket imidlertid at flere av bestemmelsene i den nye eiendomsmeglingsloven vil være dårlig tilpasset megling av eiendom i utlandet. Blant annet vil det kunne være utfordrende å skulle oppfylle lovens sentrale bestemmelser om

⁷⁸ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 42-43

meglernes undersøkelses- og opplysningsplikt. Departementet var enig med bl.a. Kredittilsynet i at det bør fremgå klart av loven hvilke bestemmelser og plikter som skal gjelde for slik virksomhet.⁷⁹ Dette er bakgrunnen for at det i eiendomsmeglingsloven § 1-4 fjerde ledd er gitt regler om at det i forskrift kan fastsettes særskilte regler, herunder unntak fra lovens bestemmelser for utenlandsmegling.

Foreløpig er det ikke fremmet forslag til særregler for denne type megling, se høringsnotat 22. juni 2007 om forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift.⁸⁰ Regulering av særlige typer eiendomsmegling som utleiemegling, næringsmegling og utenlandsmegling er imidlertid under utredning hos Kredittilsynet. I skrivende stund er likevel utgangspunktet klart; eiendomsmeglingslovens privatrettslige regler gjelder for utenlandsmegling, og de gjelder fullt ut.

Bare enkelte av eiendomsmeglingslovens bestemmelser vedrørende oppdraget og utførelsen av dette skal behandles her. Sentrale plikter vil, som for megling av eiendommer innenfor landets grenser, være opplysnings- og undersøkelsesplikten angående forhold ved eiendommen i eiendomsmeglingsloven § 6-7 og opplysnings- og rådgivningsplikten angående forhold av betydning for handelen i § 6-3 annet ledd, som utfylles av det generelle kravet til god meglerskikk og omsorgsplikt i § 6-3 første ledd. I tillegg reiser utenlandsmegling særlige problemstillinger i forhold til gjennomføring av det økonomiske oppgjøret mellom partene etter § 6-9.

5.1.1 Meglernes omsorgsplikt og forholdet til partene i § 6-3 første ledd

Eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd første punktum er en grunnleggende bestemmelse om utøvelsen av mellommannsrollen. Den som medvirker til salg av eiendom i utlandet og som faller inn under eiendomsmeglingslovens anvendelsesområde, vil etter

⁷⁹ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 43

⁸⁰ se <http://www.regjeringen.no/upload/FIN/fma/emeglforskrift220607.pdf>

denne bestemmelsen ha plikt til å opptre ”i samsvar med god meglerskikk” og med ”omsorg for begge parter interesser” i sin virksomhetsutøvelse.

Den rettslige standarden ”god meglerskikk” er helt sentral for mellommannens rettsstilling, og er med på å definere minimumskravene til mellommannens opptreden. Kravet om å utføre oppdraget i samsvar med god meglerskikk kommer for det første til anvendelse der loven ikke inneholder en mer presis regulering av meglers plikter. God meglerskikk får også betydning ved tolking av lovens øvrige bestemmelser, som i liten grad er tilpasset megling i utlandet. Det er i praksis lagt til grunn at standarden gir anvisning på en målestokk som er elastisk, i den forstand at meningsinnholdet kan variere over tid og til en viss grad også etter hvilken situasjon man befinner seg i. Standarden er forutsatt å gjøre eiendomsmeglingsloven fleksibel og tilpasningsdyktig.⁸¹ Hensynet til partene og hensynet til samfunnsmessig betryggende omsetning av fast eiendom står sentralt ved tolkingen av det nærmere innholdet i god meglerskikk.⁸²

Etter eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd skal megler i sin virksomhetsutøvelse ha ”omsorg for begge parter interesser”. Lovgiver vurderte om ordningen med bruk av én mellommann burde erstattes med et system der hver av partene har sin egen profesjonelle medhjelper, men fant å videreføre lovens intensjon om at megler skal ivareta både kjøpers og selgers interesser, da dette langt på vei blir fulgt i praksis. Tidligere rettstilstand er derfor videreført i § 6-3 første ledd. Spørsmålet blir hvordan meglers plikt til omsorg for både kjøpers og selgers interesser faller ut ved formidling av utenlandsk eiendom.

For det første må det kunne legges til grunn at en mellommann som står i et varig forhold til oppdragsgiver, og som kun ivaretar dennes interesser, ikke opptre i samsvar med eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd.⁸³ At eiendomsmegler skal ha omsorg for begge

⁸¹ NOU 2006:1 side 116

⁸² Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 20

⁸³ se punkt 4.2.2

parters interesser, betyr på den annen side ikke at megler i enhver fase i oppdraget skal ivareta begge parters interesser i lik utstrekning.⁸⁴

Eiendomsmeglers plikt til omsorg for begge parters interesser ble vurdert av Falkanger-utvalget.⁸⁵ I innstillingen uttales blant annet at meglers plikter ikke vil være de samme overfor kjøper som overfor selger. Mellom megler og oppdragsgiver foreligger et kontraktsforhold, og megler skal primært ha oppdragsgivers interesser for øye. Megler skal søke å oppnå at handel sluttet på best mulige vilkår for oppdragsgiver. Man bør ifølge Falkanger-utvalget ikke pålegge megler en så streng nøytralitetsplikt at selger ser seg nødt til å engasjere medhjelpere for å fremme sine interesser. På den annen side fremhever utvalget at det heller ikke bør være nødvendig for kjøper å engasjere egen medhjelper. Kjøper bør kunne vente at også hans interesser blir ivaretatt av mellommannen. Dette innebærer blant annet at kjøper får råd og opplysninger uansett om disse er til selgers fordel eller ikke, samt at kjøpekontrakten blir balansert utformet.

Den norske mellommannen vil overfor selger eller utbygger av utenlandsk eiendom ha en *lojalitetsplikt* i samsvar med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Denne lojalitetsplikten må veies mot plikten til å opptre *nøytralt* overfor kjøperen og andre interessenter. Meglers plikt til omsorg for begge parters interesser vil derfor normalt være ulik i de forskjellige fasene av oppdraget. I den prekontraktuelle fasen hvor eiendomsmegleren blir tildelt oppdraget med å selge den utenlandske eiendommen, vil lojalitetsplikten overfor selger stå sterkt. Det samme gjelder hvor megler og utbygger drøfter salgsstrategier mv. I meglers videre arbeid med å innhente og kontrollere opplysninger om salgsobjektet, presentere eiendommen i markedet gjennom annonser og prospekter, avholde informasjonsmøter, samt ved korrespondanse med interessenter på visningsreiser og ved enkeltvis henvendelser, vil den norske mellommannen ha en plikt til å opptre nøytralt. Selv om en av meglers oppgaver er å arbeide for at selger oppnår høyest mulig pris, har megler også plikt til å arbeide for at kjøper kan inngå avtale på bakgrunn av

⁸⁴ NOU 2006:1 side 114

⁸⁵ NOU 1987:14 side 64-65

korrekt informasjon om eiendommen. Særlig gjelder dette ved salg av eiendom i utlandet hvor en norsk kjøper selv vil ha liten eller ingen mulighet til å innhente og kontrollere opplysninger om eiendommen. Den norske mellommannens plikt til å opptre i samsvar med god meglerskikk og med omsorg for begge parter interesser er et helt grunnleggende krav til utøvelsen av mellommannrollen. Nødvendigheten av at megler opptre nøytralt overfor kjøper og interessenter vil ikke være mindre ved omsetning av eiendom i utlandet enn ved tradisjonell megling her i landet, heller omvendt. Bestemmelsen må derfor kunne tillegges tilnærmet samme innhold og betydning uavhengig av om eiendommen har beliggenhet i utlandet eller i Norge.

5.1.2 Undersøkelses- og opplysningsplikt etter § 6-7

Spørsmålet er hva som skal til fra meglers side for å tilfredsstille lovens krav til opplysninger og undersøkelser etter § 6-7 når objektet for oppdraget ligger i utlandet.

Hva er minstekravene til opplysninger som må fremgå av salgsoppgaven, og hvor langt går plikten til å innhente ytterligere informasjon, samt å kontrollere allerede gitt informasjon (undersøkelsesplikten)?

I forhold til tidligere lovregulering innebærer den nye eiendomsmeglingsloven en utvidelse både med hensyn til meglers generelle undersøkelses- og opplysningsplikt, jf § 6-7 første ledd og med hensyn til minstekravene til opplysninger som må fremgå av salgsoppgaven, jf § 6-7 annet ledd. Bakgrunnen for endringen har bl.a. vært å styrke potensielle kjøperes krav til beslutningsnyttig informasjon.⁸⁶

Eiendomsmeglingsloven § 6-7 annet ledd angir i nr. 1 - 14 hvilke opplysninger som en skriftlig salgsoppgave ”minst” må inneholde. Minstekravene utgjør eiendommens registerbetegnelse og adresse, eierforhold, tinglyste forpliktelser, tilliggende rettigheter, grunnarealer, bebyggelsens arealer, alder og byggemåte, eventuell adgang til utleie av eiendommen eller deler av denne til boligformål, ferdigattest eller midlertidig

⁸⁶ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 9

brukstillatelse, ligningsverdi og offentlige avgifter, forholdet til endelige offentlige planer, konsesjonsplikt og odelsrett, spesifikasjon over faste, løpende kostnader, totalkostnader eller eventuelt en samlet oppstilling over prisantydning som omfatter alle gebyrer, avgifter og øvrige kostnader, samt hva som er avtalt om meglers vederlag.

Minstekravene i bestemmelsen bærer preg av å være tilpasset norske forhold. For eksempel vil meglers plikt til å opplyse om eiendommens likningsverdi være umulig å oppfylle hvor eiendommens verdi reguleres av et annet lands rettsystem. Der landets system innebærer at det ikke er mulig å fremskaffe enkelte av disse opplysningene, kan eiendomsmegler ikke anses å opptre i strid med eiendomsmeglingsloven om disse ikke er presentert i salgsopgaven. Dette synet støttes av Kredittilsynets brev datert 7. mai 1997 til OK Eiendomsmegling AS.⁸⁷ Her uttaler Kredittilsynet at det i situasjoner hvor det ikke er mulig å fremskaffe enkelte av nevnte opplysninger, og dette opplyses kjøper skriftlig før handel slutes, antar Kredittilsynet at opplysningsplikten etter nåværende § 6-7 annet ledd er oppfylt, såfremt de vesentligste av disse opplysningene blir fremskaffet.

Mer problematisk blir imidlertid vurderingen av meglers plikt til å innhente opplysninger som finnes, men som kan være vanskelig tilgjengelig. Hvor det dreier seg om informasjon som omfattes av minstekravene i § 6-7 annet ledd, vil det forhold at fremskaffelse av informasjonen er ressurskrevende sjelden være tilstrekkelig unnskyldningsgrunn. Ifølge ovennevnte uttalelse fra Kredittilsynet må ”de vesentligste” av opplysningene i lovens § 6-7 annet ledd være fremskaffet for at opplysningsplikten skal være oppfylt, selv hvor det på grunn av landets system ikke er mulig å bringe til veie absolutt alle opplysningene. Hvor opplysningene faktisk er mulig å bringe til veie, må plikten til å fremskaffe disse være streng, blant annet av hensyn til kjøperen og til en ordnet omsetning av fast eiendom.

⁸⁷ Referanse 07/733

Plikt til å gi opplysninger om eiendommen vil i mange tilfeller strekke seg lenger enn til de opplysninger som salgsoppgaven minst må inneholde i henhold til lovens § 6-7 annet ledd. Vurderingstemaet for meglers opplysningsplikt og undersøkelsesplikt fremgår av lovens § 6-7 første ledd første punktum. Megler skal gi kjøper opplysninger som denne *”har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen”*. Bestemmelsen er utformet etter mønster fra avhendingslova⁸⁸ § 3-7, bustadoppføringslova⁸⁹ § 26 og husleieloven⁹⁰ 2-3.

Bakgrunnen for at bestemmelsen ble utformet i samsvar med de nevnte kontraktslovene er blant annet at man fant det rimelig at eiendomsmegleren ble underlagt et minst like strengt krav til å gi korrekte opplysninger om eiendommen som selger, da selger normalt identifiseres med opplysninger som er gitt av megler etter disse bestemmelsene.

I avhendingslova og bustadoppføringslova opereres det med godt innarbeidede normer som også er tillagt innhold gjennom rettspraksis. I utgangspunktet vil disse normene i nevnte lover måtte legges til grunn ved vurderingen av hva kjøper *”har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen”*.⁹¹ Det er imidlertid ikke gitt at meglers opplysningsplikt rekker like langt; blant annet må meglers opplysningsplikt ses i lys av rollen som mellommann. Dessuten vil det ved salg av utenlandsk eiendom være vanskelig å sammenlikne med innholdet i selgers opplysningsplikt, da rettsforholdet mellom kjøper og selger reguleres av det stedlige lands rettsregler. Megler må foreta en forsvarlig vurdering av hvilken informasjon det må antas at kjøperen vil regne med å få og som kan få betydning for avtalen. Har megleren fått kunnskap om at kjøper har spesielle behov eller ønsker med hensyn til eiendommen, må megler ta dette i betraktning. Hva kjøper *”har grunn til å regne med å få”* av opplysninger, og *”som kan få betydning for avtalen”*, utgjør en skjønnsmessig norm, og grensen for opplysningsplikten vil måtte fastsettes konkret. Megler har likevel etter ordlyden en streng opplysningsplikt. Særlig hensynet til kjøperen,

⁸⁸ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast egedom

⁸⁹ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m.

⁹⁰ Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

⁹¹ NOU 2006:1 side 119

som i liten grad har anledning til eller forutsetninger for selv å foreta nødvendige undersøkelser, taler for dette.

Plikten til å *kontrollere* allerede gitt informasjon synes etter ordlyden i § 6-7 første ledd å være sammenfallende med plikten til å innhente opplysninger utover minstekravene, jf uttrykket ”innhenting og kontroll av opplysninger” som kjøper har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen.

Høyesterett har ved flere anledninger tatt stilling til meglers undersøkelsesplikt etter tidligere eiendomsmeglingslov § 3-7.⁹² Etter lovutvalgets oppfatning tar eiendomsmeglingsloven § 6-7 første ledd primært sikte på en presisering av tidligere rettstilstand.⁹³ Det foreligger imidlertid ikke rettsavgjørelser om meglers undersøkelsesplikt hva angår fast eiendom utenfor landets grenser.

I Rt. 1999 side 408 var problemstillingen om eiendomsmegler hadde forsømt sin undersøkelsesplikt etter tidligere eiendomsmeglingslov § 3-7 ved ikke å kontrollere opplysninger om garasjeplass som var gitt til kjøper. Høyesterett tok utgangspunkt i at eiendomsmegler hadde plikt til å kontrollere ”nødvendige opplysninger” etter dagjeldende § 3-7, herunder ”tilliggende rettigheter” som omfattes av minstekravene i daværende lovs § 3-6 første ledd nr. 4, nå eiendomsmeglingsloven § 6-7 annet ledd nr. 4. I spørsmålet om hvor langt det syntes rimelig at megler skal kontrollerer opplysningene, fant Høyesterett at utgangspunktet må tas i meglerens strenge profesjonsansvar. Førstvoterende refererte til at ”megler har en selvstendig plikt til å undersøke selgerens opplysninger”, noe som for øvrig også fremgår av NOU 1987:14 side 75.

Flertallet i NOU 2006:1 uttaler også vedrørende utenlandsmegling på side 45 at ”så langt det er *mulig*, bør opplysninger om eiendommen kontrolleres før disse blir videreformidlet til interessenter” (min uthevning).

⁹² se blant annet Rt. 1995 side 1350 og Rt. 1999 side 408

⁹³ NOU 2006:1 side 120

Når det gjelder megling av utenlandske eiendommer er det i dag vanlig at den norske mellommannen i stor grad baserer seg på de opplysninger som er gitt av en utenlandsk selger eller eiendomsmegler.⁹⁴ Ovennevnte sitater må få betydning for spørsmålet om meglers plikt til å kontrollere gitte opplysninger om utenlandske eiendommer. Megler kan ikke ansvarsfritt videreformidle informasjonen fra selger uten å kontrollere opplysningene, men må ha en ”selvstendig plikt til å undersøke selgers opplysninger” så langt dette er mulig.

Den nærmere grensedragningen må vurderes mot sikkerhetsventilen som ligger i lovens § 6-7 første ledd annet punktum. Dersom megler ikke har foretatt innhenting og kontroll av opplysninger som selger har grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen, skal kjøper før handel sluttet, gis skriftlig orientering om grunnen til dette. Ordlyden kan forstås slik at megler kan sette tilside hele undersøkelsesplikten dersom dette meddeles kjøper skriftlig før handel inngås. Bestemmelsen er imidlertid ment å være en videreføring av tidligere rett.⁹⁵ Av forarbeidene til den tidligere eiendomsmeglingsloven følger at bestemmelsen bare skal verne megleren mot *tidkrevende og kostbare undersøkelser*.⁹⁶ Særlig i forbindelse med formidling av eiendom som ligger i utlandet, vil det kunne foreligge forhold som gjør det nærmest umulig eller meget ressurskrevende for eiendomsmegler å kontrollere opplysninger som kjøper i utgangspunktet vil ha grunn til å regne med å få og som kan få betydning for avtalen.

Kredittilsynet har i brev datert 7. mai 2007⁹⁷ lagt til grunn at de nærmere kravene til meglers undersøkelsesplikt for eiendom beliggende i utlandet vil måtte bero på ”en konkret vurdering av hva som er *mulig* å kontrollere, hvor *viktige* opplysningene er for kjøper, og

⁹⁴ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 37

⁹⁵ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 159

⁹⁶ NOU 1987:14 side 75

⁹⁷ Referanse 07/733

hvor *arbeidskrevende* det vil være for megler” å kontrollere mottatt informasjon (min uthevnning).

Hvor mye det skal kreves at megler kontrollerer vil etter dette måtte bero på en forholdsmessighetsvurdering, hvor kjøpers interesse i å få korrekte opplysninger og et solid beslutningsgrunnlag blant annet må avveies mot hvor ressurskrevende undersøkelser vil være for megler. I den forbindelse må det legges vekt på lovgivers uttalte målsetting om å styrke kjøpers krav til beslutningsnyttig informasjon, samt det overordnede hensyn til en sikker og ordnet eiendomshandel.⁹⁸ På denne bakgrunn må det som et minimum kunne kreves at megler under enhver omstendighet kontrollerer sentrale rettslige forhold som eierforhold, samt andre omstendigheter som kan medføre rettslige eller faktiske rådighetsinnskrenkninger for kjøper.

Det nevnes til slutt at dersom megler mottar informasjon fra offentlige myndigheter, antas det at megleren i utgangspunktet må kunne stole på denne informasjonen, med mindre det foreligger klare holdepunkter for at opplysningene ikke er korrekte.⁹⁹ De fleste land innen EU samt Sør-Amerika har dessuten notarer som er autorisert av statlige myndigheter og underlagt statlig kontroll, og det samme må antas å gjelde for informasjon som megler evt. mottar fra disse.¹⁰⁰

5.1.3 Rådgivningsplikt etter § 6-3 annet ledd

Etter eiendomsmeglingsloven § 6-3 annet ledd skal megler gi kjøper og selger ”råd og opplysninger av betydning for handelen og gjennomføringen av denne”. Spørsmålet er hva en norsk kjøper kan forvente av råd og opplysninger fra mellommannen ved kjøp av utenlandsk eiendom.

⁹⁸ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 9-11

⁹⁹ NOU 2006:1 side 122

¹⁰⁰ NOU 2006:1 side 46

Etter ordlyden vil rammen for opplysningsplikten og rådgivningsplikten være ”handelen og gjennomføringen av denne”, jf § 6-3 annet ledd. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere lovs § 3-1 annet ledd. Falkanger-utvalget uttalte at megleren som profesjonell mellommann bør ha plikt til å gi opplysninger om ”faktiske og rettslige forhold” som har betydning for handelen og gjennomføringen av denne. Meglers plikt vil måtte omfatte alle opplysninger av rettslig og faktisk art om de forhold som ut fra meglerens forsvarlige vurdering er viktige for partene i forbindelse med den aktuelle handelen.¹⁰¹ I tillegg bør megleren ifølge Falkanger-utvalget ”i noen grad ha plikt til å fremlegge sine vurderinger av de foreliggende forhold, m.a.o. gi råd i snevrere betydning.”¹⁰²

I NOU 2006:1 side 45 uttaler flertallet at megleren må regne med ”å opptre som rådgiver i større grad” ved utenlandsmegling enn når eiendommer omsettes i Norge. En eiendomsmegler må derfor forventes å ha kunnskap om *hovedtrekk i regelverket* for kjøp og salg av fast eiendom i det landet eiendommen ligger. For eksempel må megler kjenne reglene for hjemmelsovergang, konsesjon, offentlig regulering mv. For det andre må megler også ha grunnleggende kunnskaper om regler knyttet til skatt og arv, samt annen lovgivning som kan få betydning for ”gjennomføringen” av handelen.

I den tidligere nevnte avgjørelsen fra Høyesterett i Rt. 2005 side 507, hvor en norsk megler hadde fått i oppdrag å selge en eiendom i Sverige, kom førstvoterende med en generell uttalelse om at ”megleren bør som en profesjonell yrkesutøver være kjent med at særskilte spørsmål kan oppstå når han tar på seg å selge en eiendom i utlandet.” Problemstillingen her gjaldt imidlertid rettsforholdet mellom megler og oppdragsgiver, nærmere bestemt meglers krav på provisjon og hvilket lands rett som var avgjørende for spørsmålet om partene var endelig bundet, jf tidligere eiendomsmeglingslov § 4-2 fjerde ledd, nå § 7-3 første ledd siste punktum. Uttalelsen viser imidlertid hen til det forhold at megleren som den profesjonelle part vil ha en særlig oppfordring til å sette seg inn i det andre lands rettsregler og særskilte problemstillinger som kan oppstå ved formidling av en eiendom i

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 40

¹⁰² NOU 1987:14 side 65

utlandet. Dette vil generelt være et tungtveiende hensyn ved fastlegging av eiendomsmeglers opplysnings- og rådgivningsplikt. I tillegg vil det kunne legges vekt på hensynet til en ordnet eiendomshandel, og kanskje særlig hensynet til kjøper og interessenters behov for beslutningsnyttig informasjon. En eiendomsmegler som har spesialisert seg på eiendomssalg i vedkommende land vil normalt være den nærmeste til å yte rådgivning til forbrukerkjøpere om rettslige og faktiske forhold.

Samlet viser dette at megler må ha plikt til å sette seg inn i det aktuelle lands grunnleggende rettsregler som gjelder for eiendomstransaksjoner, samt regler om arv og skatt og andre regler som normalt kan få betydning for eiendomshandelen. Det må kreves at megler videreformidler den informasjon som det må antas at utenlandske kjøpere normalt bør ha før handel sluttes. I tillegg må det til en viss grad kunne kreves at megler som profesjonell mellommann gir sine faglige vurderinger av foreliggende forhold.

Rådgivnings- og informasjonsplikten må imidlertid ha sine klare grenser også ved utenlandsmegling. Allerede i NOU 1987:14 side 65 uttalte utvalget at partene ikke kan forvente at megleren skal være bygningskyndig eller kunne svare på mer kompliserte skattespørsmål, og at meglers plikt her vil være begrenset til å peke på hva som er problematisk og henvise til andre rådgivere. Forarbeidenes uttalelser har fått uttrykkelig tilslutning av Høyesterett, blant annet i Rt. 1988 side 7, på side 12. At meglers rådgivningsplikt har sine klare grenser, støttes dessuten av Norges Eiendomsmeglerforbunds Etiske regler for eiendomsmeglere § 6, som viser til at eiendomsmeglere ikke skal gi råd om forhold de ikke behersker, men henvise til spesialist.

Som ved salg av eiendom i Norge kan det derfor ikke forlanges at megler skal ha kunnskap om mer spesielle regler i det enkelte land, som for eksempel etablering og drift av næringsvirksomhet. Her må meglers plikt være begrenset til å påpeke eventuelle problemer, og henvise til andre rådgivere som for eksempel advokat i det respektive land.

5.1.4 Plikter ved gjennomføring av handelen etter § 6-9

5.1.4.1 Sikkerhet ved betaling av kjøpesummen

Formidling av boliger i utlandet reiser en særlig problemstilling når det gjelder gjennomføring av oppgjøret, jf eiendomsmeglingsloven § 6-9 første ledd nr 4.

Bestemmelsen i eiendomsmeglingsloven § 6-9 om meglers plikter ved gjennomføringen av handelen er en videreføring av tidligere lovs § 3-9. Utgangspunktet er at megler skal sørge for gjennomføring av et korrekt oppgjør og sikre at ingen av partene utsettes for utilsiktet økonomisk risiko i forbindelse med oppgjøret, jf kravet til god meglerskikk i eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd.

Etter den norske bustadoppføringslova § 46 første ledd annet punktum¹⁰³ skal ikke noen del av kjøpesummen utbetales uten hjemmelsoverføring eller at selger har stilt sikkerhet etter lovens § 47 siste ledd. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at det ved utbetaling av kjøpesum til selger er tinglyst en sikkerhetsobligasjon i eiendommen. Å medvirke til gjennomføring av handelen i strid med preseptorisk lovgivning anses for å være i strid med kravet til god meglerskikk, jf eiendomsmeglingsloven § 6-3 første ledd. Problemet ved utenlandsmegling er imidlertid at det i mange land er vanlig å kreve at kjøper betaler deler av kjøpesummen før ferdigstillelse og overtakelse, ofte uten at det blir stilt garanti. Slike forskuddsbetalinger bidrar til at kjøper er med på å finansiere prosjektet og på den måten overtar deler av risikoen for gjennomføringen av prosjektet.

Meglerns nærmere plikter ved gjennomføringen av oppgjør for prosjekterte boliger i utlandet må her bero på hva som kan utledes av kravet til god meglerskikk i eiendomsmeglingsloven § 6-3. To mulige tolkingsalternativer kan tenkes. For det første kan det anføres at kravet til god meglerskikk må tolkes ut i fra norske forhold og norsk kontraktslovgivning. Med en slik synsvinkel vil det kunne reises spørsmål om formidling av prosjekterte boliger i utlandet, hvor kjøper må betale store deler av kjøpesummen før ferdigstillelse og overtakelse uten noen form for garanti, er i tråd med kravet til god

¹⁰³ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m.

meglenskikk. Dette på grunn av at en slik fremgangsmåtte i vesentlig grad vil avvike fra bustadoppføringslova. En slik tolkning vil kunne innebære at meglerforetak vil være avskåret fra å formidle eiendommer i enkelte land. I den ytterste konsekvens vil kjøper kunne bli stående igjen med agenter og salgsrepresentanter som eneste reelle alternativ ved eiendomshandelen. Dette har ikke vært lovgivers intensjon, jf punkt 3.2 om hensynene bak lovreguleringen av utenlandsmeglingen.

For det andre kan det anføres at standarden god meglenskikk er relativ i den forstand at det ved tolkningen må ses hen til det aktuelle landets regelverk. Dersom et land har en kontraktslovgivning som tillater at kjøper betaler hele eller deler av kjøpesummen for en prosjektert bolig før overtakelse og uten garanti, kan megler etter dette synspunktet i utgangspunktet formidle eiendommen til norske interessenter, uten at dette i seg selv vil være i strid med god meglenskikk. Ved en slik løsning må det neste spørsmålet bli hvilken informasjonsplikt som skal pålegges meglerforetaket med hensyn til å opplyse om forhold som avviker fra norsk kontraktslovgivning, se for øvrig punkt 5.1.3.

En helt grunnleggende oppgave ved utøvelsen av eiendomsmeglerrollen er å sørge for sikkerhet knyttet til utveksling av ytelsene i handelen. Eiendomsmeglerens monopol til å formidle fast eiendom taler for at det må kreves forsvarlig håndtering av det økonomiske oppgjøret, inkludert forsvarlig håndtering av klientmidler. I den grad handelen ikke kan skje etter prinsippet om ytelse mot ytelse, må det kreves tiltak som mest mulig eliminerer risikoen for at partene skal lide et tap. Kredittilsynet har på denne bakgrunn vurdert problemstillingen dit hen at det må kreves at eventuelle forskudd på kjøpesummen deponeres på eiendomsmeglers klientkonto inntil eiendommen er ferdigstilt og råderetten overført til kjøper. Alternativt må det etter Kredittilsynets oppfatning kunne kreves at selger stiller selvskyldnergaranti for betalt forskudd, jf Kredittilsynets brev av 7. mai 2007.¹⁰⁴ Lovens formål om en sikker behandling av klientmidler og samfunnets interesse i en velordnet eiendomshandel og tillit til eiendomsmeglingsbransjen taler for at

¹⁰⁴ Referanse 07/733

denne løsningen må legges til grunn som gjeldende rett, eventuelt inntil forskrift med særregler for utenlandsmegling er vedtatt. Også departementet har ved avveiningen av ulike motstridende hensyn gjennomgående lagt avgjørende vekt på hensynet til en sikker og ordnet omsetning av fast eiendom.¹⁰⁵ Hvis det på grunn av det enkelte lands rettssystem ikke er mulig å gjennomføre en sikker og forsvarlig utveksling av ytelsene som nevnt ovenfor, bør dette derfor føre til at eiendomsmeglingsforetaket ikke kan påta seg oppdraget.

5.1.4.2 Offentlige obligatoriske notarordninger

Mange land har offentlige obligatoriske notarordninger, hvor notaren foretar oppgjør og hjemmelsoverføring ved overdragelse av fast eiendom. Spørsmålet blir i det følgende hvordan meglers plikter forholder seg til notarens arbeidsoppgaver. En utredning om notarius publicus i norsk rett er inntatt i Ot.prp.nr. 81 (2000-2001) Om lov om notarius publicus.¹⁰⁶ Av denne fremstillingen fremgår blant annet at notarene utarbeider dokumenter; ”notarial acts”, herunder blant annet ”public instruments”, som omfatter overdragelse av fast eiendom, fullmakter og testamenter. I de fleste tilfeller er ikke slike dokumenter gyldige uten at de er utarbeidet og bekreftet av notaren, som dermed garanterer at innhold og form er juridisk holdbart. I tillegg er notaren ofte pålagt å gi råd slik at klienten skal kunne oppnå den beste juridiske og økonomiske løsning i sin sak. Det fremheves ofte at notarenes funksjoner gir en særlig rettssikkerhet for privatpersoner, forbrukere, utlendinger mv. som ikke er kyndige i det enkelte lands rett. Ifølge utredningen har de fleste landene innenfor EU slike notarordninger. Notarialvesenet er autorisert av statlige myndigheter og virksomheten er under statlig kontroll. Det stilles krav til objektivitet og uavhengighet samt at notaren skal være en høyt kvalifisert jurist. På denne bakgrunn må det kunne sluttet at kravene til megler i eiendomsmeglingsloven i § 6-9 vil være oppfylt selv hvor notaren foretar oppgjøret mellom partene og oppretter og registrerer skjøte, så lenge partene blir orientert om ordningen, og megler følger opp gjennomføringen av dette på vegne av partene.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 11

¹⁰⁶ se punkt 1.7.2 i vedlegg 1.

5.1.5 Sikkerhetsstillelse etter § 2-7

Etter eiendomsmeglingsloven § 2-7 skal foretak og advokater stille sikkerhet som dekker det ansvar vedkommende kan pådra seg under utøvelse av virksomheten. I henhold til lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989 nr. 69 § 7-7 jf § 7-6 må skadelifte være dekket av meglers sikkerhetsstillelse uavhengig av hvor den aktuelle eiendommen ligger.

Sikkerhetsstiller kan med andre ord ikke begrense ansvaret i forhold til skadelidte ved formidling av eiendom i utlandet. Når det gjelder beløpsavgrensningen i eiendomsmeglingsforskriften § 2-5, gjelder denne kun sikkerhetsstillers ansvar overfor skadelidte, og har ikke betydning for meglerforetakets erstatningsansvar.¹⁰⁷

5.2 Ansvarsgrunnlaget

Temaet i det følgende er eiendomsmeglernes ansvarsgrunnlag ved medvirkning til salg av eiendom i utlandet. De øvrige vilkår for erstatning, økonomisk tap og årsakssammenheng, behandles ikke. Kapitlet behandler ikke ansvarsgrunnlaget i full bredde og dybde. Kun hovedlinjene som har betydning for forståelsen av meglers erstatningsansvar ved formidling av eiendom i utlandet tas med i fremstillingen.

Problemstillingen er meglerforetakets ansvar overfor en norsk kjøper. Meglerforetaket hefter også for sine ansatte i henhold til arbeidsgiveransvaret, jf skadeerstatningsloven § 2-1. I den grad foretaket bruker selvstendige oppdragstakere, hefter foretaket i henhold til de alminnelige reglene om oppdragsgiveransvaret. Den skadelidte kan i tillegg saksøke den eller de personene i foretaket som har forårsaket skaden.

¹⁰⁷ se også forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift § 2-2

5.2.1 Det rettslige utgangspunkt

I forarbeidene til den tidligere eiendomsmeglingsloven ble det foreslått å lovfeste eiendomsmeglerens erstatningsansvar.¹⁰⁸ Forslaget ble ikke videreført av departementet, som i den forbindelse uttalte at ”dette er et rettsområde hvor domstolene er mest egnet til å styre utviklingen.”¹⁰⁹ I NOU 2006:1 side 132 mener eiendomsmeglingslovutvalget at utviklingen av ansvaret fortsatt skal overlates til domstolene. Den nye loven tar sikte på videreføring av tidligere rettstilstand når det gjelder meglers erstatningsansvar i og utenfor kontrakt.¹¹⁰

Rettsgrunnlaget for eiendomsmeglerens erstatningsansvar er det alminnelige, ulovfestede skyldansvaret i norsk erstatningsrett (culpaansvaret). Med skyldansvar menes at skadevolder kan bebreides for skaden. I forhold til oppdragsgiveren er det tale om erstatning i kontrakt, mens det overfor kjøper og andre er tale om ansvar utenfor kontrakt.

Ved at ansvaret er knyttet til en yrkesutøvelse, kommer også de generelle ulovfestede reglene om profesjonsansvaret til anvendelse. Profesjonsansvaret innebærer kun en presisering av skyldansvaret, ved at skadelidtes forventning til skadevolder skjerpes hvor skadevolder, normalt mot vederlag, påtar seg å utføre et oppdrag som krever særlig sakkyndighet.

Både eiendomsmeglers handlinger og unnlatelser kan medføre erstatningsansvar. I erstatningssaker mot megler er det først og fremst unnlatelsen av å handle som blir påpekt som uaktsom. Eiendomsmeglere skal utføre de lovpålagte plikter, og utøve eiendomsmeglingsvirksomheten i tråd med god meglerskikk. Dersom eiendomsmegleren ikke foretar tilstrekkelige handlinger, blant annet i forhold til innhenting og kontroll av opplysninger om eiendommen, jf eiendomsmeglingsloven § 6-7, vil skadelidte kunne hevde at megleren er erstatningsansvarlig for økonomisk tap som følge av unnlatelsen.

¹⁰⁸ NOU 1987:14 side 132

¹⁰⁹ Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) side 26

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) side 165

5.2.2 Profesjonsansvaret

Profesjonsansvaret er som nevnt en variant av det alminnelige skyldansvaret. Som profesjonell mellommann vil eiendomsmegleren være underlagt en strengere rolleforventning enn ikke-profesjonelle. Betegnelsen ”profesjonsansvar” har i seg selv ingen rettslig betydning, men er en fellesbenevnelse på ansvaret for såkalte frie yrkesutøveres virksomhet.

Det er avviket fra den forsvarlige yrkesutøvelsen som kan medføre ansvar.¹¹¹ Sentralt i vurderingen er om eiendomsmegleren har opptrådt i tråd med god meglerskikk, jf eiendomsmeglingsloven § 6-3.

Foretak og advokater som har tillatelse til å drive eiendomsmegling etter eiendomsmeglingsloven § 2-3 har et rettslig monopol på virksomhetsutøvelsen. Begrensningen i den frie næringsutøvelsen tilsier at det stilles høye krav til de som nyter godt av denne konkurransebeskyttelsen. Reguleringen er gitt av hensyn til publikum. Ved fastleggingen av målestokken vil derfor publikums berettigede forventninger til forsvarlig yrkesutøvelse fra eiendomsmeglerforetakene stå sentralt.

Et kjennetegn ved profesjonsansvaret er i tillegg at bransjepraksis og bransjens egne normer for god meglerskikk blir vektlagt i aktsomhetsvurderingen. Når det gjelder eiendomsmegleres formidling av eiendom i utlandet, foreligger imidlertid så langt ingen praksis som kan få betydning for vurderingen av uaktsomhetsnormen.

Utgangspunktet må derfor bli uaktsomhetsnormen ved formidling av norsk boligeiendom, og spørsmålet i det følgende blir hvilke slutninger som kan utledes fra de tilgjengelige rettskildefaktorene som kan tilsi at målestokken ved culpavurderingen faller annerledes ut for utenlandsmegling.

¹¹¹ Jf Lødrup (1999) side 280- 281

5.2.3 Målestokken ved culpavurderingen

Det store utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det gjelder et strengt uaktsomhetsansvar for eiendomsmeglere som profesjonsutøvere.

Dommen i Rt. 1995 side 1350 inneholder prinsipielle uttalelser som senere er blitt vektlagt av Høyesterett.¹¹² Tvisten gjaldt kjøpers erstatningskrav mot megler og takstmann etter kjøp av bolighus. Det viste seg etter overtakelsen av eiendommen at underetasjen ikke var godkjent for beboelse og derfor ikke kunne leies ut, selv om både salgsoppgave, takst og kjøpsavtale omtalte underetasjen som ”hybel” eller ”hybelleilighet”. Førstvoterende uttalte generelt om aktsomhetsnivået at ”Det gjelder i utgangspunktet et *strengt*, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere” (min uthevning). Utgangspunktet for profesjonsansvaret i norsk rett er derfor at kravet til aktsomhet og forsvarlig atferd settes høyt.

Selv om utgangspunktet er et strengt profesjonsansvar, må det være rom for en viss kritikkverdig atferd før det blir tale om erstatningsbetingende uaktsomhet.

I avgjørelsen i Rt. 1995 side 1350 fikk ikke kjøper medhold i at det forelå brudd på meglers undersøkelses- og opplysningsplikt. Høyesterett mente at det vil være ”et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomhet”. For spørsmålet om forholdet mellom bestemmelsene i eiendomsmeglingsloven og den ulovfestede uaktsomhetsnormen, uttalte førstvoterende videre at ”Når det gjelder kravene til eiendomsmeglere, gir lovgivningen en viss, men begrenset, veiledning for hva som skal rammes av den ulovfestede uaktsomhetsregelen”.

Også i Rt. 1999 side 408 uttalte Høyesterett, med en henvisning til dommen i

¹¹² se Rt. 1996 side 407, Rt. 1999 side 408 og Rt. 2003 side 400

Rt. 1995 side 1350, at selv om profesjonsansvaret er strengt, ”er det likevel et visst spillerom for kritikkverdig atferd hos megleren før det er tale om erstatningsbetingende uaktsomhet”. Her var spørsmålet om eiendomsmegleren hadde forsømt sin undersøkelsesplikt ved ikke å kontrollere opplysninger om en garasje plass. Megleren ble ansett for å ha opptrådt i overensstemmelse med god meglerskikk, og ble frifunnet for ansvar.

Det fremgår av de siterte uttalelsene at culpanormen ikke er sammenfallende med eiendomsmeglingslovens regler. Terskelen for erstatningsansvar er høyere enn lovbestemmelsenes rekkevidde. Hvilket ”spillerom” eiendomsmegleren har før overtredelse av lovens regler også blir ansett som erstatningsbetingende uaktsomt, må for det første bero på hvor presis eller generell den aktuelle lovbestemmelsen er. Noen av bestemmelsene i loven er i seg selv mer elastiske enn andre. For eksempel vil kravet til god meglerskikk i § 6-3 kunne variere beroende på geografiske markedssegmenter. Andre bestemmelser er mer presise, for eksempel § 6-7 annet ledd om minstekrav til opplysninger om eiendommen, og § 5-3 om forbud mot egenhandel.

I tillegg til at noen av lovens regler er mer elastiske enn andre, vil for det andre også selve innholdet i noen grad kunne variere. Som allerede nevnt, vil blant annet kravene i eiendomsmeglingsloven § 6-7 annet ledd måtte tilpasses hva som i det enkelte land er mulig å fremskaffe av informasjon. I tillegg vil rådgivningsplikten i lovens § 6-3 annet ledd nødvendigvis måtte få et noe annet innhold hvor eiendomshandelen reguleres av et annet lands rettssystem.

Ved at de faglige kravene som culpavurderingen bygger på i noen grad vil kunne variere, er det nærliggende å slutte at målestokken for culpa til en viss grad blir å tilpasse de faktiske og rettslige forhold i det enkelte land, med andre ord blir det tale om en viss relativisering av aktsomhetsnormen etter eiendommens beliggenhet. I dette ligger imidlertid en begrensning. Lovgiver har bestemt at formidling av utenlandsk eiendom fortsatt skal være underlagt eiendomsmeglingslovens regulering. Kravet til god meglerskikk vil av hensyn til

norske kjøpere i utgangspunktet måtte tolkes i lys av norsk kontraktslovgivning. Det vil derfor kun i svært begrenset grad være tale om en relativisering av målestokken til skade for kjøperen grunnet i eiendommens beliggenhet. De legislative hensyn bak eiendomsmeglingslovens preseptoriske regler i forbrukerforhold¹¹³ taler for at nivået for den erstatningsrettslige beskyttelsen av kjøper eller interessenter ikke reduseres som følge av at objektet for oppdraget ligger utenfor Norge.

Siden loven åpner for at det i forskrift kan gis særregler for utenlandsmegling, jf eiendomsmeglingsloven § 1-4 fjerde ledd, vil det nærmere innholdet i uaktsomhetsnormen utover disse generelle utgangspunktene avhenge av hva som blir bestemt fra lovgivers side.

¹¹³ Eiendomsmeglingsloven § 1-3

6 Avslutning

Etter forslag til ny eiendomsmeglingsforskrift § 5-1 annet ledd skal eiendomsmeglingsforetak og advokater som driver eiendomsmegling, ikke lenger ha adgang til å yte slik bistand som i det vesentligste omfatter annonsering eller annen markedsføring av fast eiendom, eller på annen måte opptre som representant for bare én part i forbindelse med omsetning av fast eiendom.

Meglingsforetak som i dag driver utenlandsmegling som agenter, må heretter eventuelt velge å påta seg hele oppdraget ved omsetning av eiendom beliggende i utlandet.

Endringen er blitt begrunnet i forbrukerhensyn. Det er vanskelig for forbruker og andre å få klart for seg når foretaket opptrer som eiendomsmeglingsforetak og når det kun opptrer som agent. En sammenblanding av agentvirksomhet og meglerrollen vil lett kunne svekke oppfatningen av megleren som en uavhengig aktør, selv om det i det enkelte tilfelle blir opplyst om at vedkommende trer ut av meglerrollen og over som representant for selger.

Endringen synes å være i samsvar med lovgivers vektlegging av forbrukerhensyn og forutsetningen om at eiendomshandel ved bruk av mellommann skal skje på en sikker og ordnet måte. Et forbud for eiendomsmeglingsforetak mot å drive agentvirksomhet bør imidlertid ikke innføres før regler vedrørende gjennomføring og kontroll av utenlandsmeglingen er vedtatt, jf forskriftshjemmel i lovens § 1-4 fjerde ledd, av hensyn til partene og aktørene.

Forslaget til ny eiendomsmeglingsforskrift bidrar ikke til å klargjøre grensen for når det skal anses å foreligge eiendomsmegling etter loven. Dette synes å være det mest problematiske i praksis. Ifølge tall fra Eiendomsmeglerforetakenes Forening er det grunn til

å anta at det selges et betydelig antall utenlandske eiendommer til nordmenn hvor kun et mindretall formidles gjennom norske eiendomsmeglingsforetak. Det er grunn til å tro at det opererer et større antall agenter på det norske markedet som ikke er underlagt lovregulering eller tilsyn. En nærmere regulering av agentvirksomheten ved salg av eiendom i utlandet kunne på denne bakgrunn tenkes å ha større faktisk og rettslig betydning for kjøpere av eiendom i utlandet enn det foreslåtte forbudet mot å drive agentvirksomhet for norske eiendomsmeglingsforetak.

7 Litteraturliste

Bøker

Bech, Stig og Trond Hasfjord: *Eiendomsmeglingsloven kommentarutgave*, 2. utg. Oslo 1995

Bergsåker, Trygve: *Eiendomshandel gjennom megler*, 2. utg. Oslo 1995

Bergsåker, Trygve: "Eiendomsmegleres erstatningsansvar", i *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, Oslo 2002

Brækhus, Sjur: *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946

Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utg. Oslo 2001

Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen, *Agenturloven med kommentarer*, Oslo 1998

Jacobsen, Stian, *Eiendomsskolen*, Oslo 2006

Lilleholt, Kåre: Kommentarer til eiendomsmeglingsloven, i *Norsk lovkommentar*, Oslo 2002

Lundgaard, Hans Petter: *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utg. Oslo 2000

Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, 5. utg. Oslo 2005

Rosén, Karl og Dag Torsteinsen: *Eiendomsmegling – rettslige spørsmål*, Oslo 2005

Sandvik, Tore, *Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen*, Oslo 1971

Tøgård, Kjersti: *eiendomsmeglers erstatningsansvar*, Oslo 1991

Woxholth, Geir: *Avtalerett*, 5. utg. Oslo 2003

Lover

- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1916 Lov om kommisjon (kommisjonsloven) av 30. juni 1916 nr. 1
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1938 Lov om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven) av 24. juni 1938 nr. 13
- 1956 Lov om tilsynet for kredittinstitusjoner, forsikringsselskaper og verdipapirhandel m.v. (kredittilsynsloven) av 7. desember 1956 nr. 1
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4
- 1985 Lov om registrering av foretak (foretaksregisterloven) av 21. juni 1985 nr. 78
- 1989 Lov om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven) av 16. juni 1989 nr. 53
- 1989 Lov om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven) av 16. juni 1989 nr. 69
- 1992 Lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) av 19. juni 1992 nr. 56
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
- 1997 Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad (bustadsoppføringslova) av 13. juni 1997 nr. 43
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17
- 2007 Lov om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven) av 29. juni 2007 nr. 73

Forarbeider

NOU 1987:14 Eiendomsmegling

Ot.prp.nr. 59 (1988-1989) om lov om eiendomsmegling

Ot.prp.nr. 49 (1991-1992) om lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven)

Innst.O.nr. 92 (1988-1989) lov om eiendomsmegling

Ot.prp.nr. 81 (2000-2001) om lov om notarius publicus

NOU 2006:1 Eiendomsmegling

Ot.prp.nr. 16 (2006-2007) om lov om eiendomsmegling

Innst.O.nr. 50 (2006-2007) lov om eiendomsmegling

Rettsavgjørelser

Rt-1978-17

Rt-1988-7

Rt-1995-1350

Rt-1997-1061

Rt-1999-408

Rt-2005-507

LB-2004-12659

